

LEGERS ADGANG TIL BIERVERV

Kandidatnr: 282

Veiledere: Henning Jakhell og Anne-Gry Rønning Moe

Leveringsfrist: 25.april

Til sammen 17 822 ord

22.04.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	OVERSIKT	1
1.2	PROBLEMSTILLING	2
1.3	HISTORIKK	2
1.4	BEGREPSAVKLARING	4
1.4.1	BIERVERV.	4
1.4.2	PRIMÆRHELSETJENESTEN	5
1.4.3	SPESIALISTHELSETJENESTEN	5
1.5	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	6
1.6	KORT OM RETTSKILDER	6
1.7	SVENSK OG DANSK LOVGIVNING PÅ OMRÅDET	8
1.8	ARBEIDSGIVERS SANKSJONSMULIGHETER DERSOM LEGEN URETTMESSIG INNEHAR BIERVERV	9
<u>2</u>	<u>HENSYNENE BAK REGLENE</u>	<u>10</u>
2.1	INNLEDNING	10
2.1.1	ARBEIDSTAKERS FRITID	10
2.1.2	ARBEIDSTAKERS LOJALITETSPLIKT	11
2.1.3	SAMFUNNSMESSIGE HENSYN	12
<u>3</u>	<u>HELSEREFORMEN OG MULIGE SAMFUNNSKONSEKVENSER</u>	<u>13</u>
3.1	INNLEDNING	13
3.2	HELSEFORETAKSLOVEN.	15
3.3	PASIENTRETTIGHETSLOVEN.	17
3.4	HELSEPERSONELLOVEN.	18
3.5	NYE FINANSIERINGSORDNINGER	19
3.6	HELSEREFORMEN – REELLE HENSYN.	20
3.6.1	PASIENTRETTIGHETSLOVEN – STYRKING AV PASIENTENES RETTIGHETER?	20
3.6.2	HELSETJENESTER – KUN EN "VARE"?	21
3.6.3	FINANSIERINGSORDNINGENE	23

3.6.4	MONOPOL.	24
3.6.5	RHF – ENES DOBBELTROLLE OG SPØRSMÅLET OM REELL KONKURRANSE I HELSESEKTOREN.	25
3.6.6	HELSEREFORMEN – ARBEIDSVILLIGHET I DET OFFENTLIGE.	26
3.6.7	VENTELISTER.	28
3.6.8	HENVISNINGSPROBLEMATIKKEN	30
3.6.9	UTDANNING OG FORSKNING	30

4 ARBEIDSAVTALEN SOM UTGANGSPUNKT 32

4.1	ARBEIDSTAKERENS PLIKT TIL Å STILLE SIN ARBEIDSKAPASITET TIL RÅDIGHET FOR ARBEIDSGIVEREN I ARBEIDSTIDEN.	33
4.2	ARBEIDSTAKERS PLIKT TIL Å UTFØRE SITT ARBEID SKIKKELIG OG ORDENTLIG I ARBEIDSTIDEN.	33

5 LOJALITETSPLIKT SOM BEGRENSNING 35

5.1	INNLEDNING	35
5.2	HELSEPERSONELLOVEN § 19	35
5.3	ULOVFESTET LOJALITETSPLIKT	38
5.4	ARBEIDSTAKERS PLIKT TIL Å FØLGE DE TILLITSKRAV SOM ARBEIDET FORUTSETTER	38
5.5	ARBEIDSTAKERENS PLIKT TIL IKKE Å DRIVE ILLOJAL KONKURRANSE MED SIN ARBEIDSGIVER	40

6 AVTALTE OG ENSIDIG FASTSATTE BEGRENSNINGER 46

6.1	TARIFFAVTALER SOM REGULERER LEGERES ADGANG TIL BIERVERV	46
6.2	STYRINGSRETTEEN OG DEN INDIVIDUELLE ARBEIDSAVTALEN	50
6.3	STYRINGSRETTEEN OG ARBEIDSREGLEMENTER	57

7 KONKLUSJON 59

8 LITTERATURLISTE 61

1 Innledning

1.1 Oversikt

I oppgaven har jeg forsøkt å klarlegge de muligheter som leger har etter gjeldende rett til å påta seg bierverv ved siden av sin hovedstilling, og om arbeidsgiver kan begrense de ansatte legers adgang til å påta seg slike bierverv. Problemstillingen er aktuell, noe som blant annet synliggjøres gjennom departementets direktiv i brev av 28.01.2005 hvor de ba alle de regionale helseforetakene (RHF) om en kartlegging og statusrapportering om biervervsproblematikken innen 01.04.2005. Også i media har dette vært fokusert på i økende grad. Eksempelvis valgte Aftenposten i januar i år å kjøre en del oppslag om den private helsetjenesten.

Selv om legens virksomhet forbindes først og fremst med medisinsk fagansvar og behandlervirksomhet, kan legeyrket innebære helt andre oppgaver enn dette. Disse kan inngå i hovedervervet og administrasjonen av dette, eller komme i tillegg til hovedervervet. Legenes ulike roller og funksjoner reguleres av forskjellige krav og rettsregler. For mange av legens roller og oppgaver er det forutsatt at legen er faglig uavhengig og har sin integritet i behold. Dette får konsekvenser for i hvilken grad legen kan tillegge egen lønnsomhet avgjørende betydning, for mulighetene til å markedsføre tjenester, for samhandling med industri, og for legens eierinteresser i annen virksomhet.

Når det gjelder legers adgang til bierverv, har spørsmålet blitt aktualisert med den nye helsereformen. Spørsmålet har også vært i fokus tidligere, og ble nøye vurdert ved departementet's forberedelse og behandling av den nye helsepersonelloven. Det kan synes som om mange tror at legers adgang til bierverv er blitt løst med den nye Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64 (helsepersonelloven) § 19. Både fra sentralt hold og fra arbeidsgivers side kan det se ut som det hersker en oppfatning av at arbeidsgiver, som følge av denne bestemmelsen, nå har fått en utvidet rett til å begrense legenes adgang til bierverv. Som jeg kommer tilbake til medfører dette neppe riktighet.

I den videre fremstilling av oppgaven vil jeg, etter å ha presentert problemstillingen, peke på bakgrunnen for de regler vi har når det gjelder bierverv. Deretter vil jeg ta for meg aktuell ny lovgivning. Etter å ha vurdert de reelle hensyn, tar jeg så for meg de relevante rettskildene på området for å belyse gjeldende rett. I denne forbindelse vil jeg også ta for meg helsepersonellovens § 19.

1.2 Problemstilling

Det er uklart i hvilken grad arbeidsgiver kan begrense legenes adgang til å påta seg bierverv - under hvilke omstendigheter biervervet kommer i konflikt med lojalitetsplikten - og hvor denne grensen går. Er legene i en særstilling med hensyn til lojalitetsplikten? Gir dette arbeidsgiver større eller mindre grad av rett til å nekte disse arbeidstakerne bierverv? Hvilke spesielle hensyn gjør seg gjeldende for denne yrkesgruppen? Har helsereformen hatt betydning for legenes adgang til bierverv og er rettstilstanden i så fall endret som følge av denne og helsepersonelloven § 19?

1.3 Historikk

I medisinsk førvitenskapelig tid var pasientene prisgitt den lokale legens dyktighet, som utøvet legekunsten i de private hjem. Poliklinikker fantes ikke, og kun uhelbredelig eller kronisk syke ble innlagt på sykehus for å isolere pasienten eller kure sykdommen bort (kurbad).

Den vitenskapelige medisin utviklet avansert og kostbart utstyr til diagnostikk og behandling, som gradvis ble samlet på sykehusene. Leger med spesialkompetanse på dette utstyret ble knyttet til sykehusene, som endret karakter fra oppsamlingsanstalter til moderne behandlingsinstitusjoner. Etter hvert ble sykehusene overlegne de privatpraktiserende legene både innen diagnostikk og behandling. Grunnlaget for dagens moderne sykehusvesen var dermed lagt.

Den medisinske og tekniske utvikling medførte at sykehusene ble mer differensierte og flere spesialiteter ble representert. Poliklinikkene ble primært opprettet som et tilbud til de ubemidlede og som et supplement til medisinsk undervisning. Organiseringen av poliklinikkene var tilfeldig og lite planmessig. Sykehuslegene hadde beskjedne fastlønn,

og størstedelen av legens inntekter stammet fra operasjonshonorar og privat praksis utenfor sykehusene. Sykehuslegene ble betalt pr. enhetsytelse. Etter hvert la sykehusene stadig større beslag på legenes arbeidstid, og legenes private praksis ble flyttet inn på sykehusene som ambulant praksis. Dette ble regulert i egen avtale med Den norske lægeforening (DNLF) i 1947 der overlegene fikk fast lønn og en begrenset adgang til privat praksis. Privatpraksis på sykehusene var fortsatt honorarbasert.

I 1962 oppnådde man enighet mellom DNLF og staten om den funksjonelle ramme rundt poliklinikken. Poliklinisk arbeid ble obligatorisk og arbeidet skulle utføres av legene ved vedkommende avdeling på sykehusene. Først i Lov om sykehus m.v. av 19. juni. 1969 nr.57 § 7(tidligere sykehuslov) ble poliklinisk virksomhet definert som en del av sykehusene. Det var stor uklarhet med hensyn til poliklinikkens omfang, organisering og oppgjørsordning med legene. Staten hadde intensjoner om å kompensere for adgangen til privat praksis i form av et fast tillegg i lønn. Dette medførte en konflikt med DNLF som kulminerte i en kjennelse i Statens lønnsutvalg, der staten fikk medhold i prinsippet om faste tillegg. Kjennelsen medførte stor uro og nye forhandlinger, og man oppnådde til slutt enighet om at legenes godtgjøring skulle endres fra faste tillegg til 50% av de polikliniske inntektene.

Sykehuslovens endringer medførte at DNLF og KS utarbeidet ”poliklinikkavtalen” (27.1 1970). Etter denne avtalen skulle poliklinisk arbeid foregå i bestemte lokaler til bestemte tider. Det var ikke adgang for legene som deltok å drive privat praksis til andre tider eller i andre lokaler uten særskilt avtale. Den ambulante tjenestens innhold ble klart definert. Overlegen definerte hvilke leger som fikk delta. Arbeidstiden på poliklinikken skulle gå til fradrag i de timer legene hadde til rådighet for privat praksis etter normalvilkårene. I arbeidsplanen ble den ambulante tjeneste definert som fritid. 70% av bruttoinntektene tilfalt legene opptil visse maksima, og ved overskridelse av disse skulle partene avtale endret fordeling.

I avtalen av 1978 mellom DNLF og KS, fikk adgangen til privat praksis i sykehusene sin endelige tariffrettslige regulering. Legene rykket opp i det offentlige lønnsregulativ og fikk kompensasjon for tapte polikliniske inntekter men mistet samtidig retten til

privatpraksis i sykehusenes lokaler og honorarinntektene fra den polikliniske virksomhet. Avtalen gjaldt ikke kommunalt ansatte leger, der man tvert imot åpnet for privat praksis i kommunens lokaler utenfor ordinær arbeidstid (§9). Adgangen til bierverv for øvrig ble bare regulert gjennom protokolltilførsler der begrensningen lå i at biervervet ikke må hemme eller sinke det ordinære hovederverv. Denne prinsipielle regulering har holdt seg uendret frem til i dag, og regulerer ikke biervervets art i legens fritid. Tariffbestemmelsene gir ikke noe generelt forbud mot bierverv, men gir tvert om klart inntrykk av at det *er* adgang til bierverv så lenge det ikke støter mot de tariffregulerte begrensninger.¹

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Bierverv.

Spørsmålet er hvor grensen skal settes når det gjelder hva som faller inn under begrepet bierverv. Den tradisjonelle forståelsen av bierverv er ”arbeidstakernes arbeid i fritiden”, dvs det arbeid arbeidstakeren påtar seg utenfor ”hovedstillingens” ordinære arbeidstid.²

I denne oppgaven bruker jeg derfor begrepet bierverv i de tilfeller hvor legen har stilling/arbeid eller annet verv ved siden av hovedervervet. Med bierverv mener jeg både helsefaglig og annen type verv. Bierverv kan eksempelvis omfatte alt fra offentlig og kommersiell forskning, kommunalt arbeid innen legevakt, sykehjem og bedriftshelsetjeneste til arbeid ved privatklinikker og andre helseforetak. Deltakelse og eierinteresser i privat og offentlig næringsvirksomhet bør også inkluderes ettersom slike bierverv vil kunne medføre en lojalitetskonflikt. Teoretisk sett kan også verv eller medlemskap i ideelle foreninger og organisasjoner falle inn under begrepet. Tilfeldig legevirksomhet som legen utøver og deltagelse i gjøremål av uformell, privat karakter vil i hovedsak falle utenfor. Det samme gjelder den forpliktelse leger har til å utføre øyeblikkelig hjelp i henhold til helsepersonelloven § 7.

¹ Jakhelln. Legers adgang til bierverv s. 1604-1607

² Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten s. 279

Bierverv kan variere betydelig i omfang og innhold. Jeg har valgt å ta med både lønnet og ulønnet arbeid. Et eksempel på et enkeltstående bierverv kan være en lege som blir innkalt som sakkyndig vitne i en konkret sak. Eksempel på bierverv som leger kan ha på mer permanent basis og av større omfang kan være en overlege i et sykehus som driver privat spesialistpraksis på fritiden eller en allmennlege som er idrettslege i et idrettslag. Dette viser at legers bierverv på ingen måte er en ensartet beskjeftigelse.

1.4.2 Primærhelsetjenesten

Etter Lov om helsetjenesten i kommunene av 19.november 1982 nr. 66 § 1-1 er kommunene tillagt ansvar for primærhelsetjenesten. Inn under primærhelsetjenesten hører blant annet fastlegen, legevakt, helsestasjon og sykehjem. Fastlegen er pasientens viktigste og oftest første kontakt inn mot helsetjenestene, og spiller en viktig rolle med hensyn til å koordinere pasientens behov for medisinske tjenester. Alt etter hva pasienten trenger av behandlings- eller hjelpebehov kan fastlegen henvise for nødvendig helsehjelp.

1.4.3 Spesialisthelsetjenesten

Staten har gjennom Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2 juli 1999 nr.61 (spesialisthelsetjenesteloven) ansvar for spesialisttjenesten. Loven omfatter offentlige og private spesialisthelsetjenester i og utenfor institusjoner, og trådte i kraft 1. januar 2001. Spesialisthelsetjenesteloven erstatter Lov om sykehus m.v. av 19.juni 1969 nr.57 og setter krav til organiseringen av spesialisthelsetjenesten. Det er ikke definert i lov hva som er spesialisthelsetjeneste. I forarbeidene³ til spesialisthelsetjenesteloven fremgår det imidlertid at ”spesialisthelsetjenesten er en samlebetegnelse på den type helsetjenester som man ikke har funnet det hensiktsmessig å legge ansvaret for på det kommunale nivå” og som krever spesialistkompetanse.

Hva som er hensiktsmessig i denne sammenheng vil kunne forandre seg over tid, både på grunn av den medisinske utvikling og endring i organisering av helsetjenestene (l.c). Spesialisthelsetjenesten representerer viktige, og ofte også ressurskrevende sykehus tilbud som supplement til primærhelsetjenesten. Den omfatter blant annet

³ Ot. prp. nr. 10 (1998-1999) s. 24

somatiske og psykiatriske sykehus, medisinske laboratorietjenester, rehabilitering, sykehusapotekene og akuttmedisinsk beredskap. Formålet⁴ med loven er å klargjøre grunnlaget for eiernes og ledelsens styring og ledelse av den enkelte virksomheten. Et annet formål er å sikre pasientene undersøkelse, diagnostikk og behandling innen rimelig tid. Sykehusenes oppgaver skal både omfatte pasientbehandling, utdanning av helsepersonell, forskning og opplæring av pasienter og pårørende.

1.5 Avgrensning av oppgaven

Helsereformen omhandler spesialisthelsetjenesten. Jeg har valgt å konsentrere oppgaven primært om bierverv for leger i spesialisthelsetjenesten, og da særlig for offentlig ansatte i helseforetakene. Jeg tar for enkelthets skyld utgangspunkt i leger som har sin hovedstilling på sykehuset.

Problemer med bierverv kan selvsagt knytte seg til andre yrkesgrupper enn leger. Helsepersonelloven omfatter også andre grupper helsepersonell, jfr. § 3 første ledd nr.1, og de samme hensyn kan gjøres gjeldende også for disse gruppene. Jeg har imidlertid valgt å avgrense oppgaven til leger i helseforetakene ettersom en rekke forhold er spesielle for denne yrkesgruppen. Helseforetakene er omfattet av offentlighetslovens og forvaltningslovens regler, jfr. Lov om helseforetak m.m. av 15. juni 2001 nr.93 (helseforetaksloven) § 5 første og annet ledd. De samme hensyn vil imidlertid i stor grad gjøre seg gjeldende også for andre leger uavhengig av hvor de er ansatt, det være seg offentlig og privat virksomhet.

Når det gjelder den arbeidsgiveren som legen har bierverv hos, er det forutsatt at legen har annet erverv ved siden av. Det vil derfor normalt ikke oppstå tilsvarende problemer overfor denne arbeidsgiveren.⁵

1.6 Kort om rettskilder

Et arbeidsforhold baserer seg på en arbeidsavtale. Dette innebærer at arbeidstakeren, i hovedsak innenfor arbeidstidens og arbeidsavtalens rammer, stiller sin arbeidskraft til

⁴ Ot.prp. nr. 10 (1998-1999)

⁵ Jakhelln. Legers adgang til bierverv s. 1590

arbeidsgivers disposisjon og rådighet, i tillegg til å underordne seg arbeidsgivers styringsrett. Utgangspunktet er at arbeidstaker i sin fritid fritt kan gjøre hva han/hun selv ønsker, og at en lege, forutsatt at man gir arbeidsgiver pliktig informasjon om bierverv i henhold til helsepersonelloven § 19, som hovedregel kan påta seg bierverv. Arbeidsgivers adgang til å nekte arbeidstaker bierverv, må derfor følge av avtalen eller ulovfestet rett.

Det finnes ikke rettspraksis på området når det gjelder leger og bierverv og man må derfor trekke inn relevant rettspraksis fra andre områder. Noe teori er skrevet om temaet, se for eksempel H.Jakhelln's artikkel i Arbeidsrettslige studier, Bind III; Legers adgang til bierverv. For å finne gjeldende rett må man derfor ut over dette trekke analogislutninger fra andre områder og bygge på de reelle hensyn som gjør seg gjeldende for arbeidsforhold generelt og for leger spesielt.

Arbeids – og administrasjonsdepartementet har, for at arbeidstakere lettere skal kunne vite hvor lang lojalitetsplikten strekker seg, og for at arbeidsgivere skal ha noen holdepunkter, utarbeidet retningslinjer på hvor grensene for lojalitetsplikten går. Dette er generelle retningslinjer for statstilsattes adgang til å inneha bierverv m.v.

”En arbeidstaker kan ikke ta ekstraarbeid for en annen arbeidsgiver eller drive privat ervervsvirksomhet i sin fritid som:

- er direkte forbudt for han i lov eller forskrift,
- er direkte avtalt ved reglement, tariffavtale eller annen avtale at han skal avstå fra, hemmer eller sinker det ordinære arbeid, med mindre foresatte tjenestemyndighet har samtykket, jfr. Hovedtariffavtalens pkt. 1.1.4,
- innebærer at tjenestemannen driver eller medvirker i illojal konkurranse med den statlige virksomhet hvor han er tilsatt,
- gjør at tjenestemannen kan bli inhabil ved behandling av sine saker i mer enn sporadiske tilfelle.
- innebærer at tjenestemannen lett kan komme i lojalitetskonflikt i forhold til den offentlige virksomhet hvor han er tilsatt,

- innebærer at han i sin funksjon for det offentlige kan treffe avgjørelser som i vesentlig grad kan influere på hans egne eller biarbeidsgivers inntekter,
- innebærer at han nytter bedriftshemmeligheter på en illojal måte,
- skader tjenestestillingens eller den offentlige arbeidsgivers anseelse.”⁶

Dessuten kan merkes Statens personalhåndbok som også har fastsatt retningslinjer når det gjelder bistilling/ekstraerverv.⁷

1.7 Svensk og Dansk lovgivning på området

I Sverige har også offentlig ansatte leger i utgangspunktet adgang til å inneha bierverv. Adgangen er nærmere regulert i kollektivavtalen som Sveriges läkarförbund har inngått for landstingssektoren, Allmänna bestämmelser 95. Etter denne avtalen kan den offentlige arbeidsgiveren pålegge legene å gi opplysninger om bierverv. Denne avtalen fastsetter også at offentlig ansatte leger etter denne bestemmelsens § 9 ”på begäran skal anmäla bisyssla och lämna de uppgifter, som arbetsgivaren anser behövs för bedömning av bisysslan”. Det må også antas at enkelte bestemmelser i ”lag (1993:1651) om läkarvårdsersättning” har betydning for omfanget av offentlig ansatte legers bierverv.⁸

I Danmark plikter overleger å ”orientere ansættelsestedet, såfremt de påtager sig bibeskæftigelse ved privathospitaler og lignende institutioner” jfr. overenskomst for overleger mellom Amtsrådforeningen i Danmark og Foreningen av speciallæger § 14. I

⁶ Personaldirektoratets rundskriv av 4. juli 1984 PM 23/1984

⁷ Statens personalhåndbok 2004 pkt. 12.14 har fastsatt retningslinjer når det gjelder bistilling/ekstraerverv. Statsansatte må blant annet ikke være engasjert i arbeid eller ervervsvirksomhet som hemmer eller sinker deres ordinære arbeid med mindre arbeidsgiver har samtykket til det. Man kan heller ikke medvirke til illojal konkurranse med den statlige virksomhet hvor vedkommende er ansatt. En ansatt kan ikke ta arbeid eller drive ervervsvirksomhet som gjør at vedkommende kan bli inhabil ved behandling som innebærer at den ansatte lett kan komme i lojalitetskonflikt med den offentlige virksomhet hvor han er ansatt eller som innebærer at han i sin funksjon for det offentlige kan treffe avgjørelser som i vesentlig grad kan influere på hans egne eller biarbeidsgivers inntekter. Den statsansatte kan heller ikke ha bierverv dersom det innebærer utnyttelse av bedriftshemmelighet til skade for statstjenesten, eller som skader statstjenestens anseelse. Tvilstilfelle bør tas opp med arbeidsgiver i forkant for å unngå vanskeligheter for den ansatte, arbeidsgiver og den alminnelige tillit i statstjenesten.

⁸ Ot.prp. nr. 13(1998-1999) s. 71

§ 14 stk 1 er det uttalt følgende: "Funktionærlovens § 15 om bibeskæftigelse er gældende for overlæger. Overlæger skal orientere ansættelsestedet, såfremt de påtager sig bibeskæftigelse ved privathospitaler og lignende institutioner." For yngre leger er det i tariffavtale fastsatt at funksjonærloven skal gjelde generelt. Dermed gjelder også § 15 om bierverv. Yngre leger har imidlertid i motsetning til overlegene ingen meldeplikt vedrørende bierverv.⁹

1.8 Arbeidsgivers sanksjonsmuligheter dersom legen urettmessig innehar bierverv

Aktuelle beføyelser vil kunne være omplassering, suspensjon, oppsigelse, avskjed, erstatning, fastsettelsessøksmål, begjæring om midlertidig forføyning og straff. Hvilke krav arbeidsgiveren har, vil i en viss utstrekning avhenge av om arbeidsforholdet fortsatt består og på hvilket grunnlag biervervet er urettmessig.

⁹ Ot.prp. nr. 13(1998-1999) s. 72

2 Hensynene bak reglene

2.1 Innledning

Begrepet bierverv reiser både arbeidsrettslige og tjenestemannsrettslige problemstillinger der særlig to hovedhensyn, som kan trekke i forskjellige retninger, gjør seg gjeldende. På den ene siden har man hensynet til legen og at denne skal kunne benytte fritiden sin slik vedkommende selv ønsker. På den annen side står hensynet til arbeidsgiver og arbeidstakers lojalitet til denne.

Legers adgang til bierverv har også en samfunnsmessig side. Selv om den enkelte har hovedansvaret for å ta vare på sin egen helse, har det offentlige tatt på seg mange og viktige oppgaver, som blant annet løses gjennom offentlig legearbeid og som er en viktig forutsetning for at vi kan karakterisere vårt land som et velferdssamfunn.

2.1.1 Arbeidstakers fritid

Det er et generelt prinsipp, som har lang tradisjon i norsk rett, at arbeidstakere selv kan bestemme over sin egen fritid. I utgangspunktet angår det derfor ikke arbeidsgiver hva man gjør i fritiden sin. Dette gjelder uavhengig av om man ønsker å benytte denne til rekreasjon eller arbeid. Ønsker en arbeidstaker å benytte sine kvalifikasjoner som lege i fritiden, vil dette i utgangspunktet være en privatsak. Gjennom bierverv vil legen kunne få økt erfaring, noe som også kan være hensiktsmessig og meget nyttig for arbeidsgiver. Arbeidstakerens muligheter for å skaffe seg ekstra arbeid er kanskje størst innenfor sitt eget fagområde, og et forbud mot å drive eller engasjere seg i slik virksomhet vil i ytterste konsekvens kunne virke som et yrkesforbud. Det urimelige i dette synliggjøres spesielt dersom man tar utgangspunkt i at en lege kun får tilbud om deltidsstilling av sin arbeidsgiver og i tillegg får forbud mot å arbeide i annen og ”konkurrerende” virksomhet.

Prinsippet om at arbeidstakere kan bruke fritiden sin slik de selv ønsker gjelder imidlertid ikke absolutt, da andre hensyn kan gjøre seg gjeldende. Det forutsettes at

biervervet ikke er så omfattende eller krevende at vedkommende ikke blir i stand til å ivareta sitt hovedarbeid tilfredsstillende.

2.1.2 Arbeidstakers lojalitetsplikt

Lojalitetsplikten innebærer at arbeidstakeren har plikt til å opptre lojalt overfor arbeidsgiveren utover oppfyllelsen av selve arbeidsavtalen. Dette innebærer blant annet at arbeidstakeren ikke må foreta seg noe som kan skape lojalitets – eller tillitsproblemer. Det er avgjørende for et godt arbeidsforhold at arbeidsgiver har tillit til arbeidstaker. Arbeidstaker må prøve å fremme sin arbeidsgivers interesser. Dette kan innebære at egne, og kanskje motstridende interesser må settes til side. Eksempel på dette kan være lojalitetsplikten i oppsigelsestiden. Arbeidstakere er også i denne perioden forpliktet til å være lojal mot arbeidsgiver. En frisør kan for eksempel ikke aktivt påvirke kundene sine i oppsigelsestiden, for eksempel ved å sende ut reklame om sin nye salong, med tanke på å få disse med seg når oppsigelsestiden er over. Konsekvensen av dette er at det av hensyn til arbeidsgiver må gjøres unntak fra hovedregelen om at arbeidstakere kan benytte fritiden sin slik de selv ønsker. Hensynet til arbeidsgiver kan tilsi at det ikke skal være tvil om hvor arbeidstakeren har sin lojalitet, og at dette dermed vil sette grenser for arbeidstaker.

I et ansettelsesforhold vil arbeidstakere, avhengig av stillingens art, få tilgang på informasjon om bedriften og interne forhold som vil kunne ha negativ betydning for bedriften eller virke konkurransevridende dersom dette blir misbrukt. Innenfor helsesektoren er imidlertid dette et hensyn som ikke kan tillegges særlig stor vekt. Det er her ikke snakk om å beskytte bedrifts – og/eller forretnings - hemmeligheter, men heller benytte seg av forhold som er alminnelig kjent blant leger innenfor de forskjellige områdene, eller som til og med vil være viktig å spre av hensyn til den medisinske videreutvikling. Formålet med helselovgivningen er blant annet å bidra til å sikre tjenestetilbudets kvalitet. Dette innebærer at helsetjenestene som tilbys skal ha god kvalitet, og må også sees i lys av kravet til forsvarlighet i tjenesten. Ny forskning og nye behandlingsmetoder skal gjøres kjent for alle innen bransjen, slik at pasientene sikres best mulig behandling.

2.1.3 Samfunnsmessige hensyn

Leger har en viktig samfunnsmessig funksjon og forvalter ressurser på det offentliges vegne. Det offentlige investerer årlig store beløp til helsesektoren. Dette er penger som stammer fra fellesskapets midler og skattebetalernes penger, og som blant annet går til behandling av pasienter, utdanning, forskning og lønninger. Det er på den annen side neppe tvil om at leger som arbeider ved siden av sin hovedstilling er ansett som en ressurs for samfunnet, og av den grunn er ønskelig. En lege med en spesialitet har mange års utdanning og erfaring, og utgjør et knapphetsgode for samfunnet. Det at de forskjellige spesialister arbeider ut over sin vanlige stilling, vil være til gagn både for de enkelte pasienter som nyter godt av denne behandlingen og for samfunnet som helhet. Spesialistressursene blir bedre utnyttet og det samlede helsetilbud øker.

3 **Helsereformen og mulige samfunnskonsekvenser**

3.1 Innledning

Ved utforming av lover må ulike verdier settes opp mot hverandre. Hvilke hensyn som skal tillegges størst vekt vil alltid være gjenstand for diskusjon. Mange har forsøkt å løse avveiningsproblemene ved å finne en felles måleenhet for alle verdier.

Utilitaristene (Bentham, Stuart Mill m.fl.), foreslo frembringelse og reduksjon av menneskelykke som felles verdimål. Denne teorien er kraftig kritisert, blant annet av Eckhoff, ettersom lykke ikke kan måles. Et annet og mulig bedre begrep er uttrykket ”samfunnsnyttens” som har spilt en stor rolle i nordisk rettstenkning særlig i mellomkrigstiden.¹⁰

I sentral faglitteratur om organiseringen av sykehusene fremstilles sykehusene som en arena der to grunnleggende ulike syn møtes: den medisinske og den økonomisk/administrative. Begge er solid forankret i internasjonale fagdisipliner på høyt nivå, og forfektes av yrkesgrupper med stor styrke og prestisje. Den danske forsker, Preben Melander, hevder at: ”Lægernes faglige verdens professionelle fagetikk, naturvidenskapelige arbeidslogik, elitære meriteringssystem og individuelle produktionstankegang er uforenelig med den økonomisk-administrative verdens objektive, markedsorienterende nyttemaksimering, materielle effektivitetstankegang, organisatoriske måloppfattelse og produktionssystemlogik”¹¹. Dette innebærer blant annet at mens legene skal fremme den enkelte pasients helbredsmessige interesser, vil man innen den økonomisk/administrative sfære måtte hevde at de faglige hensyn må veies mot de økonomiske, og det må foretas en samlet vurdering av kostnader og nytteverdi. Utviklingen har ført til at det stadig blir økende avstand mellom de

¹⁰ Eckhoff s.392-393

¹¹ Jfr.bl.a Eva Zeuten Bentsen m.fl. (red.) s.278

muligheter medisinsk teknologi og kunnskap gir, og de begrensninger som økonomiske og politiske vilkår setter.

På midten av 1980-tallet startet arbeidet med ny helselovgivning. I 1987 kom det en NOU –utredning fra et utvalg nedsatt av regjeringen Willoch.¹² Med denne utredningen kom drøftelsene inn i et nytt spor. Det ble her brakt inn løsningstyper som var preget av organisasjonsformer hentet fra næringslivet, som la grunnlaget for helsereformen. Det uttalte hovedmotivet for helsereformen innenfor spesialisthelsetjenesten var i hovedsak å legge forholdene bedre til rette for pasientens behov, interesser og selvbestemmelse. I forbindelse med gjennomføringen av reformen ble det etablert et helsemarked for sykehus tjenester og en rekke lovendringer og omlegginger ble innført, blant annet ble såkalt Innsatsstyrt Finansiering (ISF) innført i 1997. Flere nye helselover trådte i kraft ; spesialisthelsetjenesteloven, psykisk helsevernlov, pasientrettighetsloven, helsepersonelloven og helseforetaksloven.

Sykehusreformens sentrale målsetting var ”mer helse for pengene”. Oppfatningen var at myndighetene hadde styrt for mye i driftsspørsmål og ”...for lite på overordnede spørsmål knyttet til prioriteringer og struktur”¹³. Intensjonen var derfor å legge grunnlaget for økt styring i forhold til strukturen på helsetjenesten, for eksempel gjennom en bedre funksjonsfordeling. Samtidig var det forutsatt at virksomhetene skulle få større ansvar og frihet innenfor den strukturen som bestemmes. Det samme resonnementet kjenner vi fra andre offentlige sektorer de seneste 20-30 år, hvor man har fått en overgang fra tradisjonell forvaltning med kontroll over bruken av innsatsfaktorene til mål- og resultatstyring med fokus på kostnadseffektivitet. Tanken bak dette er at myndighetene skal spesifisere omfang og type av de helsetjenester de ønsker levert, deretter skal det være opp til ”produsentene” å finne frem til den beste måten å gjøre dette på. Denne modellen betoner de folkevalgtes rolle som bestiller av helsetjenester på befolkningens vegne.¹⁴

¹² NOU 1987:25

¹³ Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) s 20

¹⁴ Økonomisk Forum nr. 8, s.37

3.2 Helseforetaksloven.

Den 1. januar 2002 trådte helseforetaksloven i kraft. Tidligere ble spesialisthelsetjenesten eid av fylkeskommunene eller staten og drevet som offentlige forvaltningsenheter. I forarbeidene¹⁵ står det at reformen baseres på to hovedelementer. Det ene er at ansvaret for hele spesialisthelsetjenesten blir overført til statlig sektor, slik at det offentlige eierskapet blir samlet på statens hånd. Det andre er at virksomhetene organiseres i foretak, hvilket innebærer at de blir organisert i egne rettssubjekter og derfor ikke vil være en integrert del av den statlige forvaltning. Overordnede helsepolitiske mål og rammer vil bli fastsatt av staten, og ligge til grunn for styring av vedtakene, slik at staten vil komme i en helhetlig ansvarsposisjon for spesialisthelsetjenesten. Sektoransvaret, finansieringsansvaret og eierskapet vil da bli samlet på en hånd.

Statlige foretak kjennetegnes ved at de er selvstendige økonomiske og juridiske enheter, og at de drives på grunnlag av regnskapslovens regler. Foretakskonstruksjonene organiseres på mange områder som aksjeselskaper, men skiller seg fra disse ved at de pr. definisjon er hundre prosent statlig eid og ikke kan slås konkurs, jfr helseforetaksloven § 5 fjerde ledd.

Hovedmålsetningen og utgangspunktet med reformen er i følge forarbeidene¹⁶ å bedre helsetjenesten sett fra pasientens ståsted, både med tanke på innhold og tilgjengelighet. For å oppnå dette skal det fokuseres på uakseptable ventetider og overbelegg. De store forskjellene i helsetilbudene ut over i landet skal også utjevnes. Reformen skal i følge forarbeidene være med på å modernisere den offentlige sektor (l.c).

Velferdsstatens grunnleggende verdier om likeverd, rettferdighet og solidaritet skal bygges videre på, og velferdsstatens idealer legges derfor til grunn i forslagene om endringer i forhold til eierskap, organisering og ansvar. Viktige premisser for regjeringens reformarbeid er å sikre tilgang til helsetjenester uavhengig av bosted og

¹⁵ Ot.prp.nr.66 (2000-2001) s. 19

¹⁶ Ot.prp.nr.66 (2000-2001) s.10

økonomi og at helsesektoren også i fremtiden skal være underlagt politisk styring for å sikre nasjonale velferdspolitiske mål. Reformen skal også ivareta det nasjonale helsevesenet som trygghetsskapende element i samfunnet. Et velfungerende helsevesen er basert på forståelse og respekt for enkeltindividet og at pasienten gis informasjon om rett til medvirkning, noe som nå også er slått fast i pasientrettighetsloven.

I henhold til helseforetaksloven § 4 er det opprettet fem regionale helseforetak (RHF). Disse er Helse Nord, Helse Midt-Norge, Helse Vest, Helse Sør og Helse Øst. De offentlige sykehusene er i sin tur samlet i et antall såkalte helseforetak (HF-er), som er heleide datterforetak av RHF-et i sin region. Hvert enkelt foretak kan omfatte ett eller flere sykehus og mange andre virksomheter innen spesialisthelsetjenesten. De regionale helseforetakene er pålagt å sørge for at befolkningen innen helseregionen tilbys spesialisthelsetjenester, jfr. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a.

Etter helseforetaksloven har departementet mulighet til å stille vilkår til de regionale helseforetak når de tilføres ressurser, jfr. § 16 annet ledd. Dette gjøres i bestillerdokumentene til de regionale helseforetak. Disse utarbeides en gang årlig. Styringsdokumentene inneholder krav fra Helse- og omsorgsdepartementet om hvilke oppgaver som skal utføres i det påfølgende år, og hvilke krav som settes til de regionale helseforetakene. Det er krav til både økonomiske og organisatoriske forhold, samt til de forhold RHF-ene skal ha til private aktører og ulike myndighetsorganer. Fra og med i år er styringslinjen overfor helseforetakene delt i to. Dette skjer gjennom bestillerdokumentet og gjennom årlige foretaksmøter i januar. I bestillerdokumentet formuleres de krav som stilles til helseforetaket for å tilby kvalitativt gode og likeverdige tjenester til hele befolkningen. I foretaksmøtet stiller departementet krav i kraft av å være eier og her kan helseministeren som sykehuseier gjøre beslutninger i saker som er av vesentlig betydning, jfr. helseforetaksloven § 30.

Helsereformen og helseforetaksloven innebærer endringer som i kombinasjon med pasientrettighetsloven medfører at enkelte legers bierverv kan oppfattes som en potensiell trussel mot helseforetakenes inntektsgrunnlag og produksjonskapasitet. Dette omtales nærmere nedenfor.

3.3 Pasientrettighetsloven.

Gjennom denne loven fikk landet sin første pasientrettighetslov. I Lov om pasientrettigheter av 2.juli 1999 nr 63 (pasientrettighetsloven) har rettsregler som tidligere var dels ulovfestet og dels lovfestet i flere lover blitt samlet i en lov. Pasienter har også blitt gitt enkelte nye rettigheter.

Etter pasientrettighetsloven § 2-4 har pasientene rett til å velge hvilket sykehus de skal bli behandlet på. I tillegg kan pasienten velge private sykehus dersom disse har avtale med regionale helseforetak, eller bli behandlet i utlandet dersom det ikke finnes et godt medisinsk tilbud i Norge. For å få behandling på sykehus må pasientene bli henvist av sin primærlege. Valg av sykehus må derfor skje i et samråd mellom pasient og primærlege.

Etter pasientrettighetsloven § 2-1 2. ledd har pasienten rett til ”nødvendig helsehjelp” fra spesialisthelsetjenesten. Hva som er nødvendig helsehjelp bestemmes ut fra hva som faller inn under begrepet helsehjelp jfr. § 1-3 litra c, og hvilken hjelp som er nødvendig. Vilklårene for nødvendig helsehjelp er nærmere fastlagt i prioriteringsforskriften¹⁷. Om en pasient har en materiell rettighet til helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, må avgjøres etter en konkret, individuell vurdering av vedkommende pasients tilstand basert på alvorlighetsgrad, pasientens lidelse, samt utsikt til bedring. Retten til helsehjelp gjelder bare dersom pasienten kan ha forventet nytte av helsehjelpen, og kostnadene står i et rimelig forhold til tiltakets effekt, jfr. § 2-1 2. ledd annet punktum. Av 2. ledd tredje punktum fremgår at spesialisthelsetjenesten skal fastsette en konkret, individuell frist for når helsehjelp senest skal være gitt. Pasienten har etter denne bestemmelsen fått en lovfestet rett til at det fastsettes en frist, og spesialisthelsetjenesten har fått en korresponderende plikt til å fastsette denne fristen. Denne må ikke settes til et senere tidspunkt enn når medisinsk forsvarlighet krever at pasienten gis nødvendig helsehjelp.

¹⁷ Forskrift av 1.desember 2000 nr.1208 om prioritering av helsetjenester, rett til nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten, rett til behandling i utlandet og om dispensasjons – og klagenemd.

I § 2-1 4. ledd er pasientenes rettigheter ytterligere styrket. Pasientene får etter denne bestemmelsen en subsidiær rett til å få oppfylt sin rett til helsehjelp ved brudd på den fastsatte fristen etter 2. ledd. Denne bestemmelsen gir pasienten rett til å motta nødvendig helsehjelp uten opphold. Pasienten får om nødvendig også en rett til å få spesialisthelsetjeneste privat eller i utlandet dersom vedkommende ikke har fått nødvendig helsehjelp innen den fastsatte fristen. Dersom pasienten innen denne fristen ikke har fått den hjelpen vedkommende har krav på, kan pasienten kreve behandling gjennom Rikstrygdeverket. RTV har inngått egne avtaler med offentlige og private sykehus for å sikre nettopp denne pasientrettigheten. Disse institusjonene kan ha avtale om en høyere honoreringssats enn vanlige sykehus for å behandle disse pasientene, blant annet på grunn av at pasientene skal behandles innen den korte tidsfristen. Det er det sykehuset som misligholder sin egen behandlingsgaranti som betaler kostnadene for behandling ved sykehus med RTV-avtale – både transportutgifter, DRG-refusjoner, og RTV-sykehusets eget påslag. Det misligholdende sykehus får på sin side bare utbetalt selve DRG-refusjonen pr. behandlet pasient av det offentlige.¹⁸ Det misligholdende sykehus taper derfor penger på hver pasient som benytter seg av sine rettigheter ved garantibrudd.

3.4 Helsepersonelloven.

For å nå hovedmotivet for ny helselovgivning - som var å legge forholdene bedre til rette for pasientens behov, interesser og selvbestemmelse - ønsket man å utnytte helseressursene bedre. Dette skulle gjøres ved å organisere helseressursene på en slik måte at bruk av helsepersonell ble hensiktsmessig og effektivt. Tidligere besto regelverket av mange og ulike profesjonslover og forskrifter. Ulike grupper helsepersonell fikk med denne loven felles lovgivning, noe som er med på å bidra til et tilgjengelig og ensartet regelverk.

I loven er blant annet tidligere ulovfestede krav lovfestet. Dette har sammenheng med hensynet til tilgjengelighet og forutsigbarhet, noe som er vesentlig for helsepersonells rettssikkerhet og mulighet til å innrette seg i samsvar med gjeldende krav.

¹⁸ Ot.prp. nr. 63 (2002-2003) pkt. 8

I helsepersonelloven § 19 reguleres nå en plikt for helsepersonell til å gi arbeidsgiver opplysninger om helsefaglige bierverv, eierinteresser, samarbeidsforhold og lignende. Denne meldeplikten skal gis av eget initiativ ved aktuell eller mulig interessekonflikt og ellers ved anmodning om informasjon fra arbeidsgiver. Jeg kommer nærmere tilbake til denne bestemmelsen i pkt. 5.2.

3.5 Nye finansieringsordninger

Nye finansieringsordninger har på mange måter vært det sentrale element i de nye styringsmodellene. En av hoved-ideene har vært innføringen av fastpriskontrakter der en styrer etter resultater/produksjon heller enn virksomhetenes bruk av innsatsfaktorer (detaljerte budsjettrammer for drift og investering, stillingshjemler, m.v.).

Innsatsstyrt finansiering (ISF).

ISF er et finansieringssystem rettet mot de RHF - ene. Innsatsstyrt finansiering vil si at deler av sykehusenes inntekter er aktivitetsbaserte, dvs at disse får betalt pr. gjennomført behandling (stykkprissystem). I 2005 dekker ISF 60 prosent av sykehusenes inntekter. Resterende 40 prosent dekkes av rammebevilgninger.¹⁹ Systemet bygger på at alle sykehusopphold plasseres i en av (p.t.) 383 grupper.²⁰

Diagnose Relaterte Grupper (DRG).

Pasientene blir klassifisert ut fra hoveddiagnose, bidiagnose og alder. Klassifiseringen bygger på en diagnosestandard utviklet av WHO (Verdens Helseorganisasjon), og hver behandling blir i siste instans prissatt til et bestemt kronebeløp. Det skjer ved at behandlinger som er plassert i en bestemt DRG-gruppe kvalifiserer til et visst antall DRG-poeng for sykehuset. Betalingen fremkommer som antall poeng multiplisert med pris pr. poeng. Både prisen pr. poeng og det antall poeng en bestemt behandling skal kvalifisere for, fastsettes av Helsedepartementet. Begge deler blir endret eller justert med jevne mellomrom (l.c).

¹⁹ Informasjonshfte helse- og omsorgsdepartementet, innsatsstyrt finansiering. Publikasjonskode I-2/2005

²⁰ Eilertsen pkt. 4.4.2

3.6 Helsereformen –reelle hensyn.

3.6.1 Pasientrettighetsloven – styrking av pasientenes rettigheter?

Helsereformen har blant annet ført til at den enkelte kan velge hvor han eller hun vil behandles. Pasientrettighetsloven synes å virke slik at den styrker pasientenes rettigheter, samtidig som systemet er med på å befeste markedsmekanismene i helsemarkedet. Sykehusene må konkurrere om pasientene, og de må tilpasse seg en situasjon hvor noen velges bort og andre prioriteres.

Gjennom pasientrettighetsloven har pasienten en rett til vurdering og behandling innen en gitt frist. De sykehus som ikke opprettholder behandlingsfristen vil tape penger på alle pasienter med garantibrudd som klager saken inn for RTV. Tanken er at dette potensielle inntektstapet vil motivere sykehusene til å overholde fristene. Denne lovfestede rettighet er imidlertid ikke uproblematisk. Kriteriene for hvem som har krav på behandlingsgaranti synes definert på en generell og lite konkret måte i pasientrettighetsloven og i prioriteringsforskriften. I følge pasientrettighetsloven er det ”det behandelende sykehus” selv som i siste instans skal definere hvilke pasientgrupper som faller inn under garantien og tidsrammen for denne garantien. Verken pasientgrupper eller tidsrammen for garantien er klart definert i pasientrettighetsloven eller i prioriteringsforskriften. Enkelte behandelende sykehus kan som følge av dette muligens bli fristet til å definere pasienter inn og ut av behandlingsgarantien og tilpasse behandlingsgarantien til sykehusets egen kapasitet slik at garantibrudd unngås.

Dersom et sykehus opererer med uakseptabelt lange ventelister, synes det ikke urimelig å tro at pasienten vil benytte seg av retten til fritt sykehusvalg og søke seg til et annet sykehus. Erfaringer med retten til fritt sykehusvalg har imidlertid - så langt - vist at pasientene i svært liten grad benytter seg av denne rettigheten. En annen sak er at når sykehuset blir kontaktet angående et fristbrudd, får de mulighet til å gi en ny dato i løpet av nærmeste virkedag. Det viser seg da at flere sykehus klarer å innfri dette.²¹

²¹ Legekunsten s. 12

3.6.2 Helsetjenester – kun en "vare"?

Det kan spørres om pasienter kan sees på som kjøpere av en hvilken som helst vare. En slik måte å se på disse tjenestene, er etter min mening ikke riktig. Behovet for helsetjenester er som regel ikke noe man velger selv. Mange av de som blir syke vil dessuten være i en slik situasjon at de ikke alltid foretar rasjonelle valg, fordi helsetilstanden ikke tillater det, eller fordi pasienten ikke uten videre ser følgene av sine beslutninger. I utgangspunktet vil det være en naturlig ubalanse i styrkeforholdet mellom yter og mottaker av helsetjenester, der pasienten i stor grad vil være avhengig av hjelpeapparatet og legen. Pasienten kan i omsorgssituasjoner bli ydmyket og skadelidende både om graden av selvhjelp blir undervurdert eller overvurdert.

Helsereformen medfører at sykehusene er i innbyrdes konkurranse om pasientene. De får ansvar for egen økonomi og større frihet til å operere slik det er bedriftsøkonomisk mest lønnsomt. Andelen private sykehus er økende og pasienter med gode forsikringer eller god privatøkonomi kan kjøpe seg forbi køen. Et mer kommersialisert helsevesen har også i seg et innebygd press mot overforbruk av helsetjenester. Kommersielle aktører har en egen interesse i å skape behandlingstilbud som det er mulig å tjene penger på. På denne måten kan de skape et kunstig behov isteden for å dekke et reelt behov.

Det er klart at vanlig arbeidsrettslige modeller også skal anvendes innenfor helsesektoren. Spørsmålet er imidlertid om det for helsetjenester gjør seg gjeldende andre hensyn som må tillegges større vekt. Dersom man kun tilstreber å sikre arbeidsgivers eventuelle behov for å begrense legens muligheter til å arbeide eksternt, kan dette få negative samfunnsmessige konsekvenser gjennom et mindre totalt helsetilbud til befolkningen. Dette øker også behovet for legetjenester, og med et begrenset antall spesialister blir det derfor et udekket marked for leger. Den enkelte pasients frihet til valg gir også en berettiget forventning om å få tilfredsstillende tilgang på legetjenester. Det har derfor - i alle fall til nå - blitt ansett som et gode at legene tilbyr tjenester også i sin fritid.

På den annen side er det en trend innen helsesektoren at denne drives etter markedsøkonomiske prinsipper der helsetjenester defineres som en ”vare” som utløser inntekter etter et honoreringssystem. Sykehusene er i større grad enn før avhengig av disse innsatsavhengige inntektene, ettersom de får mindre ytelser i form av rammebevilgninger. Arbeidstakere kan muligens etter denne tankegangen lettere anses å komme i en lojalitetskonflikt ved arbeidsavtaler med konkurrerende sykehus/klinikker. Sett i et snevert markedsøkonomisk perspektiv er dette negativt. Sett i et større samfunnsperspektiv kan dette være positivt dersom det medfører et større helsetilbud til befolkningen.

Tidligere var lojalitetsprinsippet i mindre grad relevant i helsevesenet fordi det ikke var snakk om en konkurransesituasjon dersom legen ønsket å bruke sin fritid på pasientrettet arbeid. Tvert imot ble dette tidligere sett på som positivt fra sykehusets side. Private avtaler mellom sykehuset og legen var vanlig blant annet innen poliklinisk virksomhet, og kunne utgjøre en betydelig andel av legens samlede inntekter. Situasjonen var tidligere heller mer et spørsmål om pasienten kunne få behandling, enn hvem som skulle yte denne tjenesten. Dette var i en tid da helsevesenet utelukkende ble finansiert gjennom rammebevilgninger, noe som i dag er blitt radikalt forandret. Delvis skyldes det som nevnt at helsevesenet i større grad finansieres gjennom innsatsstyrt finansiering/stykkprisprinsippet, delvis at samfunnets utgifter til helsevesenet søkes redusert gjennom helsereformen. Dersom legen på sin fritid driver pasientrettet arbeid i en konkurrerende virksomhet vil dette i dag kunne medføre et inntektstap for sykehuset, fordi man konkurrerer om de samme pasientene, og der refusjonsordningene er knyttet opp mot antall pasientbehandlinger.

Lojalitetsprinsippet har derfor større relevans i dagens helsevesen som i langt større grad enn før drives etter markedsøkonomiske prinsipper. Sakens kjerne er imidlertid hvorvidt den private aktøren kan anses å drive i konkurranse med sykehuset, samt hvilke konsekvenser dette eventuelt vil få. Dersom et hvert privat helsetilbud blir definert til å være i konkurranse med sykehuset, og lojalitetsprinsippet blir strengt håndhevet, vil dette, slik jeg ser det, kunne medføre potensielt svært negative samfunnskonsekvenser. Dette både fordi det offentlige bevilgninger til helsevesenet

generelt reduseres, og fordi pasientenes muligheter til å nyte godt av legenes bierverv i fritiden reduseres. Resultatet vil stå i sterk kontrast til de oppgitte intensjonene i helsereformen, og det kan i så fall stilles spørsmål ved om helsereformens egentlige intensjoner er offentlige innsparinger og ikke pasientens beste.

3.6.3 Finansieringsordningene

Et annet problem er sykehusenes inntjeningsmuligheter. DRG-systemet er til en viss grad konstruert slik at enklere behandling honoreres forholdsmessig bedre enn tyngre og mer komplisert behandling, for eksempel innenfor kirurgien. Dynamikken i dette er at overfinansieringen av lettere behandling vil balansere underfinansieringen av tyngre behandling, forutsatt at forholdet mellom disse er konstant. Dersom dette forholdet endres, for eksempel ved at en større andel av de lettere behandlingene overtas av private klinikker vil dette kunne få en kraftig negativ innvirkning på sykehusenes inntjeningsmuligheter. Sykehusene vil da sitte igjen med en forholdsvis større andel underfinansierte og tunge pasientgrupper.

Samfunnet signaliserer på flere måter at det er ønskelig at leger driver helsearbeid gjennom privat virksomhet blant annet gjennom å definere legeyrket som et liberalt yrke. Dessuten har det offentlige nå i lengre tid gitt høyere trygderefusjoner til privat virksomhet enn til det offentlige for samme type arbeid. Offentlige poliklinikker, som ikke honoreres gjennom DRG-systemet men gjennom trygderefusjon, får for eksempel bare trygderefusjon for en prosedyre/undersøkelse, selv om pasienten har vært gjennom flere prosedyrer/undersøkelser. I privat spesialistpraksis med avtale om driftstilskudd, ytes derimot trygderefusjon for samtlige prosedyrer/undersøkelser, jfr. RTV's refusjonsavtaler.²² Dette er et signal fra det offentlige om at man ønsker en større andel av den polikliniske virksomhet i sykehus overført til privat praksis. Trolig medfører dette at legen i langt høyere grad vil være motivert til å bruke fritiden sin på privat praksis enn på overtidssarbeid på en offentlig poliklinikk til fast timepris - til dels med det offentliges velsignelse. Avvikling av ventelister på offentlige poliklinikker kan derfor bli vanskeligere å gjennomføre fordi legen i mindre grad er motivert til å bruke sin fritid på dette. Slik jeg ser det kan dette medføre enda lengre ventelister i det

²² RTV's taksthefte for offentlige poliklinikker og privatpraktiserende spesialister

offentlige, som igjen vil skape et bedre markedsgrunnlag for privat poliklinisk virksomhet.

3.6.4 Monopol.

De offentlige sykehusene har i stor grad hatt monopol her i landet. En reell konkurranse fra private aktører har det til nå ikke vært snakk om. Helsereformen synes imidlertid å legge opp til større bruk av private aktører, og pasientene skal kjøpe helsetjenester med utgangspunkt i et "fritt sykehusvalg". Imidlertid kan det synes som om det i et hvert system med enerett til å utøve en bestemt økonomisk virksomhet, er en iboende motstand mot reell konkurranse. Foruten tapt inntjening vil tap av monopol også innebære en redsel for kompetanseflukt blant annet pga bedre lønninger, bedre arbeidsforhold, og muligens enklere arbeidsoppgaver/pasienter. På sikt vil denne konkurransen også kunne være inflasjonsdrivende mht. lønn og arbeidsvilkår i det offentlige.

Et aktuelt eksempel, fra et annet område enn helsevesenet, er VGs avsløring av hvordan meierigiganten Tine har brukt sin markedsrett for å holde konkurrentene borte fra butikkhyllene. Man kan spørre om det kan trekkes paralleller fra det som har skjedd i Tine til det som skjer i helsevesenet.

I helsevesenet er det de regionale helseforetakene som både eier og driver de offentlige sykehusene. De regionale helseforetakene har en stor markedsfordel ved at de har myndighetenes velsignelse til å legge ut spesialisthelsetjenester på anbud til private konkurrenter, og selv definere omfanget av denne virksomheten. Et eksempel på at RHF-ene benytter seg av sin markedsfordel finner man i Helse Nord, som det siste helseforetaket som inngikk operasjonsavtaler med private sykehus i egen region. Den private Vestfjordklinikken i Bodø har gjennom mange år utført de fleste typer dagkirurgiske operasjoner – til dels betalt av pasientene selv og til dels betalt av trygdeetaten for sykemeldte personer. I fjor fikk imidlertid Vestfjordklinikken sykehusstatus og deretter operasjonsavtale med Helse Nord RHF. Dette innebar en mulighet for at også nordlendingene for første gang kunne få refusjon for operasjoner ved private sykehus i egen region. Helse Nord RHF sørget imidlertid for å begrense tilbudene, og i september 2004 ble en avtale inngått for ett år mellom partene om å

utføre et begrenset antall dagkirurgiske prosedyrer til en samlet verdi av kr 750 000. Dette beløpet var allerede overskredet i mars 2005. Etter dette har ikke pasientene i denne regionen lenger noe realistisk tilbud utover det offentlige på grunn av store reiseavstander.²³

3.6.5 RHF – enes dobbeltrolle og spørsmålet om reell konkurranse i helsesektoren.

RHF - ene sitter i dag i en bestiller – og utførerrolle. Dette kan synes som en uheldig situasjon. Ett av hovedpunktene Ansgar Gabrielsen hadde i årets foretaksmøte var også å skille disse to rollene. Slik RHF – ene fungerer i dag vil de - som avdelingsdirektør i Konkurransetilsynet, Jostein Skaar, har uttalt – kunne benytte de private aktører som ”resttilbydere”. Dersom dette er tilfellet vil det ikke være snakk om en reell konkurranse mellom det offentlige og de private.

De offentlige kan slik systemet fungerer i dag benytte seg av de private når dette er til deres fordel. Dette kan de gjøre for eksempel ved å inngå tidsbegrensede avtaler av kortsiktig karakter. Blant annet er dette tilfellet for Colosseumklinikken i Stavanger. Denne fikk sykehusgodkjenning i 2003 og har nå fått en to - årig avtale med Helse Vest RHF og Helse Sør RHF.²⁴ RHF - ene inngår også avtaler som er beløpmessig begrensede, slik som for eksempel den ovenfor nevnte Vestfjordklinikken’s avtale med Helse Nord. Spørsmålet kan stilles om konkurranseloven brytes. I fjor vår etablerte Konkurransetilsynet en egen enhet for å se nøyere på helsevesenet. Muligens vil man få svar på dette når Konkurransetilsynet kommer med sine konklusjoner.

Moderniseringsminister Morten Meyer uttalte i et intervju til tidsskriftet ”Legekunsten” følgende ; ”Jeg vil ikke være fornøyd hvis vi i de ti år som står foran oss ikke kan skape mer konkurranse i helsevesenet. Jeg vil da ha en situasjon hvor konkurransen mellom det offentlige og private er sterkere enn i dag. For å få til det, er det viktig at de private har et stort nok volum til å være et reelt korrektiv til det offentlige”²⁵.

²³ Legekunsten s. 9

²⁴ Legekunsten s. 20

²⁵ Legekunsten s. 7

3.6.6 Helsereformen – arbeidsvillighet i det offentlige.

Under gjennomføringen av helsereformen, som blant annet medfører store kutt i bevilgningene til det offentlige helsevesen, har man fra offentlig hold vært svært opptatt av å forsikre oss om at disse bevilgningskuttene ikke vil gi pasientene et dårligere helsetilbud. Til dels søker man å dokumentere dette gjennom den nye pasientrettighetsloven. Bevilgningskuttene synes, slik jeg ser det, gjennomført på en slik måte at hele strukturen slankes med mindre bemanning uten at funksjoner faller bort. Den synes også preget av den forestilling at det offentlige er ineffektivt, og at det dermed er rom for kutt i bemanningen. Pasientgrunnlaget som skal betjenes er imidlertid i stor grad uendret eller økende pga nye behandlingstilbud og at befolkningen stadig blir eldre.

Riksrevisjonen utførte en undersøkelse av utnyttelsen av operasjonskapasiteten i offentlige sykehus som viste at det i gjennomsnitt ble utført to operasjoner pr operasjonsstue pr ordinær arbeidsdag²⁶. Denne undersøkelsen ble overlevert Stortinget 20. januar i år. Bakgrunnen var at det i 2003 ble det bevilget 57,6 milliarder kroner til somatiske spesialisthelsetjenester.²⁷ Med så store ressurser som samfunnet nå investerer i helsesektoren, er det et stort ansvar å sørge for at tilbudet er i samsvar med helsepolitiske prioriteringer, og at vi får mest mulig igjen for innsatsen. Et best mulig helsetilbud avhenger blant annet av god organisasjon og ledelse, rasjonell arbeidsdeling og effektiv utnyttelse av kunnskap og kapital.²⁸ Som en konsekvens av målsettingen om å redusere unødig ventetid til behandling, blir det sentralt å vurdere hvordan de tilgjengelige personellressursene utnyttes.²⁹

Spørsmålet er hvilke konsekvenser reduksjonen i bevilgning og bemanning vil få for avvikling av helsevesenets arbeidsoppgaver. Ressursknapphet kan medføre økt behov for merarbeid og overtid på de gjenværende helsearbeiderne, samtidig som graden av trivsel og følelse av mestring vil reduseres. Helsearbeidernes – og legenes –

²⁶ Dokument nr 3:4 20045-2005

²⁷ jfr. Statsregnskapet for 2003, St. meld. nr 3 2003-2004

²⁸ jfr St. prp. nr 66 (2002-2003)

²⁹ St.meld. Nr 5 2003-2004 og St.meld. nr. 1 2002-2003

arbeidsvillighet vil neppe forsterkes av dette, spesielt dersom det finnes lukrative private alternativer, med bedre inntjeningsmuligheter og arbeidsmiljø. Et hovedpoeng her er muligens at man i det private i større grad defineres som en ressurs og kan påvirke sin egen arbeidsmengde. Dette kan føre til at offentlige stillinger blir mindre attraktive. Det er heller ikke sikkert at regulering av bierverv frigjør mer arbeidskraft til det offentlige, men kan rett og slett føre til at leger i større grad bruker sin fritid på fritidsaktiviteter og rekreasjon.

Før helsereformen var arbeidsgivers behov for å kjøpe legens fritid aktuelt i flere henseende. Det ble derfor i tariffavtalene med KS, Staten og Oslo fremforhandlet detaljerte bestemmelser om kjøp av arbeidstid. Avtalene innebar unntak fra alminnelige bestemmelser om arbeidstidens plassering og lengde og lønnsavtalene var relativt gode. Som følge av helsereformen har Arbeidsgiverforeningen NAVO overtatt som arbeidsgiverforening i avtale mellom Legeforeningen og NAVO. Bestemmelser om utvidet tjeneste som tidligere ble forhandlet i legenes særavtaler; mellom KS og Legeforeningen, Staten og Legeforeningen samt Oslo kommune og Legeforeningen, ble tatt inn. Den nye avtalen medfører imidlertid at honorering av legenes arbeid ut over normal arbeidstid blir endret.

Med den nye A2 –overenskomsten § 3.2, skal den alminnelige arbeidstiden i gjennomsnitt (med noen unntak) ikke overstige 37,5 timer pr uke. Denne gir også hjemmel for at det kan gjøres avtale mellom arbeidsgiver og den enkelte lege om frivillig utvidet tjeneste/arbeidstid, uten hinder av arbeidsmiljølovens bestemmelser om arbeidstidens lengde og plassering i kapittel X, jfr. aml § 41, 5.ledd. Etter A2-overenskomsten § 5.10, skal imidlertid kompensasjon for utvidet tjeneste/arbeidstid avtales mellom partene i det enkelte helseforetak eller mellom arbeidsgiver og den enkelte lege, i motsetning til tidligere hvor dette var tatt inn i de sentrale avtalene.

Helseforetakene er avhengige av at legene arbeider utover ordinær arbeidstid. Dette er basert på en frivillig utvidet tjeneste, og avhenger av at legene selv ønsker å arbeide ut over normal arbeidstid, inkludert 2,5 timer - som er det legene fast kan pålegges å arbeide i gjennomsnitt pr uke av arbeidsgiveren ut over normal arbeidstid, jfr. A2 § 3.3.

Tidligere ble arbeid ut over dette godt betalt (opptil 200 % tillegg), mens det etter den nye ordningen i enkelte helseforetak er fastsatt betydelig dårligere betingelser for kjøp av arbeidstid, til og med til lavere betaling enn om legen var pålagt overtid, jfr for eksempel B-dels avtalen for Rikshospitalet. Satsene er imidlertid fastsatt som minimumssatser. Aml. § 49 nr. 3 sier at overtidsarbeid skal betales med et tillegg på minst 40 % av den lønn arbeidstakeren har for tilsvarende arbeid i den alminnelige arbeidstiden.

Det kan spørres om denne økte fokuseringen fra eiers side, når det gjelder legens bierverv, nettopp kan skyldes deres problemer med å få legene til å arbeide mer i helseforetakene under disse forutsetningene. Skal legene først selge fritiden sin, så forventer de god betaling. Den økte fokuseringen på legenes bierverv kan derfor være motivert av et ønske om å sikre RHF-ene eksklusivitet til legenes arbeidskraft.

3.6.7 Ventelister.

Ventelister er et uttrykk for at arbeidsgiver ikke greier å holde unna pasientkøene. Hvis det er ventelister synes det derfor positivt at legen arbeider ved siden av sin hovedstilling. Pasientene vil sannsynligvis bli raskere behandlet, med de fordeler det fører med seg. Samfunnet tjener på at flere mennesker er tilbake i sirkulasjon og arbeid. Arbeidsgiver taper ikke økonomisk på det og legen kan øke sin erfaring og inntjening. Det synes derfor i utgangspunktet ikke å foreligge noen konkurranse mellom disse to aktørene dersom ventelistene er lange.

Dette forutsetter fra arbeidsgivers side at legen behandler de samme pasienter på begge arbeidsplasser. Dersom legen behandler pasienter fra ventelisten som er mindre krevende og samtidig kanskje gir større økonomisk uttelling, kan dette føre til at arbeidsgiver sitter igjen med tyngre og mer krevende pasienter der behandlingen er mindre kostnadseffektiv. Et eksempel på dette er Feiringklinikken som behandler de friskeste hjertepasientene, mens de sykeste blir sendt til Rikshospitalet. På den annen side har det jo i lang tid vært slik at de mest syke og mest krevende pasientene har blitt behandlet av det offentlig helsevesen.

Det har lenge blitt argumentert fra politisk hold at sykehusreformen har vært en suksess og direkte bidratt til reduserte ventelister, sist i Stortingets spørretime 19. januar 2005 ved Statsråd Ansgar Gabrielsen. Disse påstander har imidlertid blitt imøtegått fra flere hold. I følge Eilertsen's rapport er viktigste årsak til denne reduksjonen økt poliklinisk aktivitet ut over budsjetttrammene og opprydding av feil i gamle ventelister. Disse grep har svært lite med helsereformen å gjøre.

En viktig konsekvens av helsereformen er at foretakene nå i større grad selv er ansvarlig for å skaffe seg inntekter. Dersom det er ventelister vil det være muligheter for sykehusene til å øke aktiviteten og lønnsomheten. Mange steder har dette skjedd, blant annet ved å erstatte innleggelser med økt poliklinisk behandling og dagpasienter. Dette har ført til et økt behov for helsepersonell som kan arbeide ekstra ved helseforetakets eget sykehus. Utnyttelsen av den ekstra behandlingskapasiteten man klarer å etablere blir hovedsakelig bestemt ut fra en analyse av hva som lønner seg mest for sykehuset. Dersom det er ventelister med pasienter kan dette gå greit. I motsett fall kan det bli kamp om pasientene, og andre vurderinger enn de helsefaglige kan tillegges størst vekt ved vurderingen av legers adgang til bierverv.

Selv om de private tar unna en del ventelister for pasienter med mindre alvorlige lidelser, synes det ikke slik at ventetiden blir kortere for alle dem med alvorlige lidelser. Dette skyldes blant annet at mindre alvorlige lidelser kan behandles uten innleggelse. For eksempel viser Samdata-rapporten fra 2003 at brystkreftoperasjoner hadde svært beskjeden nedgang i ventelistene fra 2002 til 2003. Behandlingen av ventelistepasienter som hadde lidelser det hastet langt mindre med ble behandlet mye raskere og da ofte av private aktører.

Ifølge NOU 2004:5 i Arbeidslivslovutvalget kapittel 11.2.6.3 viser opplysninger fra Nasjonalt råd for spesialistutdanning av leger og legefördeling at det – i en viss utstrekning, fortsatt er mangel på leger. I den sentrale helseforvaltningen er det de siste årene innført reformer som medfører en betydelig grad av usikkerhet om den fremtidige etterspørsel etter leger. Med den samme økning i fremtiden i antall legestillinger som i senere år, og tilnærmet uendret pensjoneringsgrad blant legene, kan det i samsvar med

tidligere prognoser forventes legeoverskudd i løpet av de nærmeste årene. Legene har til nå vært i en knapphetssituasjon som har kunnet begrunne utvidet adgang til å drive privatpraksis av hensyn til samfunnet og bedre utnyttelse av legenes ressurser. Dersom disse prognosene slår til vil disse hensynene få langt mindre vekt.

3.6.8 Henvisningsproblematikken

Det har vært et problem at leger med bierverv har benyttet sin rolle som ansatte til å henvise pasienter til egen praksis. Dette representerer et habilitetsproblem. Dersom legen, når han arbeider i helseforetaket, henviser pasienter til sin egen private praksis, er dette en uheldig sammenblanding av roller. Selv om dette naturligvis kan virke effektiviserende, kan man også se eksempler på det motsatte. Legen kan profitere privat på ineffektivitet og lange ventelister, og kan derfor være lite motivert til å bedre effektiviteten i det offentlige. Dette kan være et argument for at arbeidsgiver innen rimelighetens grenser kan begrense legers adgang til bierverv. Under visse omstendigheter kan likevel slik henvisning av pasienter til egen praksis være akseptabelt, for eksempel ved uakseptable ventelister og garantibrudd.

Henvisningsproblematikken kan også oppstå ved at legen i sitt bierverv henviser ”sine” pasientene til sykehuset og sørger for at disse pasientene får en raskere behandling enn de øvrige pasientene. Dersom fordelingen av helsetjenester påvirkes av legens personlige interesser, og ikke skjer på en uavhengig og objektiv måte, er det forhold som kan bidra til å svekke tilliten til legene. Det er et grunnleggende prinsipp at pasienter har krav på lik behandling ut fra medisinske behovskriterier.

3.6.9 Utdanning og forskning

Utdanning og forskning har fram til nå i hovedsak blitt ivaretatt av det offentlige helsevesen. Foruten at alle nyutdannede leger må gjennom blant annet ett års tjeneste på sykehus, som turnuskandidater, spesialiseres leger gjennom utdannelsestillinger på lokale og regionale sykehus. En sentral del av grunnutdannelsen er behandling av dagpasienter og mindre alvorlige tilstander, en pasientgruppe som i stadig større utstrekning overtas av private aktører. Dersom denne delen av pasientgrunnlaget forsvinner fra de offentlige sykehus vil dette kunne medføre negative konsekvenser for utdanningen av helsepersonell. Et eksempel er kirurgiske inngrep som brokk og

åreknuter som utføres poliklinisk eller som dagkirurgi. Dette er inngrep som har stor betydning for blivende kirurgers grunntrening, såkalt volumkirurgi. Under spesialiseringen av leger er det krav om et visst antall operasjoner og prosedyrer. Dersom slike inngrep forsvinner fra de offentlige sykehusene, vil utdannelsen av legene kunne bli skadelidende så lenge legene får sin utdanning og opplæring kun på offentlige sykehus.

4 Arbeidsavtalen som utgangspunkt

Det som kjennetegner den individuelle arbeidsavtale er at arbeidsgiver stiller sin personlige arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver. Selv om partene ikke har avtalt nærmere hvilke rettigheter og plikter de skal ha, forutsetter lovgivning og tariffavtalene at arbeidsavtalen må ha visse basiselementer. De viktigste plikter på arbeidstakersiden er arbeidsplicht, lydighetsplicht og lojalitetsplicht, og får anvendelse selv om dette ikke skulle være fastsatt nærmere bestemmelser i arbeidsavtalen eller ensidig av arbeidsgiveren. Den ansatte kan ikke ha ekstraarbeid som er direkte forbudt for ham/henne i lov eller forskrift. Det finnes som nevnt i dag ingen generell lov – eller forskriftsbestemmelse som forbyr leger å påta seg bierverv; men vi har gjennom helsepersonelloven § 19 fått en lovfestet meldeplicht om bierverv for helsepersonell.

Utgangspunktet i norsk rett er at arbeidstaker kan benytte fritiden etter eget ønske og gjelder uavhengig av om legen er ansatt i offentlig eller privat virksomhet. Dette prinsippet har lang tradisjon i norsk rett og følger av det rettsforhold som en arbeidsavtale etablerer mellom partene. Prinsippet gjelder selv om det ikke skulle være fastsatt nærmere bestemmelser i arbeidsavtalen eller ensidig fastslått av arbeidsgiveren. Det finnes i dag ingen generell lovfestet regel for arbeidsgiver til å nekte arbeidstaker bierverv.

Hovedregelen kan illustreres ved Høyesterett's avgjørelse i 1959 s. 900 hvor de la til grunn "at den enkelte arbeidstaker i alminnelighet har full rådighet over sin fritid – også til å påta seg ekstrajobber og bistillinger i denne – når bare fritidsarbeidet ikke medfører en så hard belastning på hans arbeidskraft at det går utover hans ordinære arbeid". Denne avgjørelsen gjaldt en sveiser på et skipsverksted som ble oppsagt fra sin stilling fordi han hadde påtatt seg ekstraarbeid for en annen arbeidsgiver i fritiden, og gir uttrykk for et generelt prinsipp.

Der hvor ikke annet er avtalt, eller følger av regelverket for øvrig, vil ofte sedvane og praksis være av betydning for det nærmere innhold av rettigheter og plikter i arbeidsforhold. For leger ansatt i det offentlige er det lang tradisjon for å utøve privat praksis. Gjennom lang tid ble slik privat praksis utøvd av legene på sykehuset, idet pasientene ble gitt ambulant - eller poliklinisk behandling. Legene tilhører en gruppe profesjoner som både er arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende, såkalte liberale yrker. Det faktum at legeyrket fortsatt defineres som et liberalt yrke er et signal om at samfunnet forventer at legen fortsatt kan arbeide som selvstendig næringsdrivende i tillegg til å være ordinær lønnsinntaker, og at dette er samfunnsgagnlig virksomhet.

4.1 Arbeidstakerens plikt til å stille sin arbeidskapasitet til rådighet for arbeidsgiveren i arbeidstiden.

Det følger av arbeidsavtalen at en arbeidstaker skal stille sin arbeidskapasitet til rådighet for arbeidsgiveren i arbeidstiden. Bierverv som arbeidstaker utfører i arbeidstiden for andre enn arbeidsgiver kan arbeidsgiver motsette seg. Dette kan illustreres ved Rt. 1983 s. 1481 hvor Høyesterett opprettholdt et vedtak om avskjed av en renovasjonsarbeider som hadde drevet privat renovasjon utenfor eget ruteområde innenfor ordinær arbeidstid.

4.2 Arbeidstakers plikt til å utføre sitt arbeid skikkelig og ordentlig i arbeidstiden.

Den ansatte er som følge av arbeidsavtalen forpliktet til å utføre sitt arbeid skikkelig og ordentlig i arbeidstiden. Dette kan medføre begrensninger av fritiden. Biarbeid som skjer til skade for den ansattes ordinære oppgaver er i utgangspunktet uakseptabelt. Denne begrensningen vil være relativ og avhengig av flere faktorer, slik som blant annet formålet med fritidsaktiviteten, skikk og bruk og hvilken varighet aktiviteten har. Eksempel på aktivitet i fritiden som medfører at arbeidet ikke blir utført tilfredstillende og som kan føre til kontraktsbrudd, kan være uregelmessig livsstil med høyt inntak av rusmidler som nedsetter arbeidsevnen. Midlertidig nedsatt arbeidsevne, som følge av sorg eller personlige kriser, vil derimot neppe kunne medføre kontraktsbrudd.

Enkelte lov – og forskriftsbestemmelser kan i praksis medføre visse begrensninger i adgangen til å inneha bierverv, og også kravet til forsvarlig yrkesutøvelse vil i en viss

grad kunne forhindre bierverv hos helsepersonell der dette går utover hovedarbeidet. Pasientene og arbeidsgiver må kunne føle seg trygge på at legen de møter er utvilt og kan behandle pasienten på en forsvarlig og best mulig måte. Den mest sentrale bestemmelsen og også den bestemmelsen med størst praktisk betydning finner man i helsepersonelloven § 4. I forsvarlighetskravet ligger det innbygget en rettslig og faglig norm for hvordan den enkeltes yrkesutøvelse bør innrettes i enhver sammenheng.

Et eksempel fra rettspraksis om at arbeidstaker ikke må oppføre seg eller stille seg slik i fritiden at dette fører til at han ikke kan utføre sitt arbeid tilfredsstillende er Rt. 1959 s. 900; ”- når bare fritidsarbeidet ikke medfører en så hard belastning på hans arbeidskraft at det går utover hans ordinære arbeid”. Et annet eksempel er RG 1954 s.528, hvor en vaktmester i to større leiegårder med samme eier overtok en bistilling som vaktmester i en tredje leiegård. Lagmannsretten fant at ”overtagelsen av den nye bistilling uten samtykke...ikke var noe kontraktsbrudd fra (vaktmesterens) side og dermed heller ikke noen saklig oppsigelsesgrunn”. Lagmannsretten påpekte blant annet at bistillingen ikke hadde medført noe avbrekk eller annen ulempe i hovedstillingen, og at bistillingens arbeid ikke var av en slik art, eller så omfattende, at den ikke lot seg forene med arbeidet i hovedstillingen.

5 Lojalitetsplikt som begrensning

5.1 Innledning

Bakgrunnen for lojalitetsprinsippet er at arbeidstaker ikke skal ta del i virksomhet som kan undergrave bedriftens næringsgrunnlag. Hensynet til arbeidsgiver tilsier at denne ikke skal behøve å være i tvil om hvor arbeidstakeren har sin lojalitet.

Enkelte mer spesielle lovregler angir lojalitetspliktens utstrekning slik som for eksempel straffelovens bestemmelser om forbud mot å åpenbare forretnings – eller bedriftshemmeligheter, jfr. strl. § 294 nr. 2, og forbudet mot å motta gaver m.v. i tjenesten, jfr. strl. § 405 litra b, og tjml. § 20 angir lojalitetspliktens utstrekning i spesielle sammenhenger. Disse lovbestemmelsene er så spesielle at de gir liten veiledning til spørsmålet om legens adgang til biarbeid generelt.³⁰

5.2 Helsepersonelloven § 19

Med helsepersonelloven § 19, fikk man innført en generell regel om meldeplikt. Tidligere forutsatte domstolene at dette fulgte av arbeidstakers lojalitetsplikt. Enkelte lover og forskrifter har imidlertid tidligere hatt meldebestemmelser om virksomhet. I Lov av 13.juni 1980 nr. 42 om leger, hadde § 38 en bestemmelse om at legen skulle melde fra til kommunelegen på stedet når han åpnet, overtok eller trådte inn i legevirksomhet.³¹

Helsepersonelloven § 19 er ikke til hinder for å forby bierverv i avtalen, men dette forutsetter enighet ved inngåelse av denne.

Tidligere ulovfestede regler er i stor grad blitt lovfestet i helsepersonelloven. Dette har sammenheng med hensynet til tilgjengelighet og forutsigbarhet. Etter helsepersonelloven § 1 er lovens formål ”å bidra til sikkerhet for pasienter og kvalitet i helsetjenesten samt

³⁰ Jakhelln. Legers adgang til bierverv s. 1592-1593

³¹ Ot.prp. nr 13 s. 70

tillit til helsepersonell og helsetjeneste”. Bierverv og eierinteresser kan svekke tillitsforholdet mellom pasienter og helsetjenesten dersom det oppstår tvil om avgjørelser tas av hensyn til pasienten. Formålet med helsepersonelloven § 19 var, foruten å skaffe ryddige forhold og bidra til økt tillit mellom helsepersonell og pasienter, også å gi det offentlige bedre oversikt over hvilke bierverv offentlig ansatte helsepersonell har. Dette vil føre til at det blir enklere for arbeidsgiver å gripe inn overfor bierverv som går ut over de begrensninger som følger av tariffavtale og/eller ulovfestet rett.³² Hensynet til fornuftig forvaltning av offentlige midler tilsa også at dette forholdet ble lovregulert.

Etter helsepersonelloven § 19 1. ledd skal helsepersonell gi opplysninger om bierverv som ”vil kunne komme i konflikt med hovedarbeidsgivers interesser”. Den innebærer først og fremst en ansvarliggjøring av helsepersonell med hensyn til å være oppmerksom på, og vurdere om det oppstår slike konflikter. Etter forarbeidene³³ er det først og fremst helsefaglige bierverv som vil omfattes av reglene om meldeplikt, men helsepersonell bør imidlertid også være pliktig til å melde fra av eget tiltak om andre bierverv som kan føre til interessekonflikter med arbeidsgiver. Eksempel på dette er eierinteresser eller virksomhet som er nært knyttet til helsepersonellvirksomhet som arbeid i medisinske laboratorier. Helsepersonelloven § 19 er objektiv i den forstand at arbeidstaker er forpliktet til å gi opplysninger om forhold som ”vil kunne” komme i konflikt med arbeidsgiver. Arbeidstaker må derfor vurdere om ikke bare forholdet på det aktuelle tidspunkt er i konflikt med arbeidsgivers interesser, men også om forholdet vil kunne bli det.³⁴ Helsepersonell skal under hele arbeidsforholdet være oppmerksom på mulige interessekonflikter. Dersom en lege som arbeider på et sykehus henviser pasienter til utredning ved en privat klinikk der han selv arbeider eller har kommersielle interesser, er det avgjørende om et slikt forhold vil kunne føre til en interessekonflikt med arbeidsgiver. Det avgjørende er ikke om en slik handling faktisk er faglig forsvarlig ut fra hensynet til pasienten (l.c.).

³² HOD høringsnotat, kap 15.3.4

³³ Ot.prp. nr. 13 s. 74

³⁴ Ot.prp. nr. 13 s. 226

Etter helsepersonelloven § 19 2. ledd har arbeidsgiver en selvstendig rett til å kunne kreve at arbeidsgiver gir opplysninger om helsefaglig virksomhet, om eierinteresser, samarbeidsforhold og lignende. Denne plikten fører til at helsepersonellet skal gi opplysninger om alle bierverv og engasjementer i annen helsefaglig virksomhet når arbeidsgiver ber om det, uavhengig av om de selv har vurdert forholdet slik at det ikke vil medføre noen interessekonflikt. Om biervervet er lønnet eller ikke, er uten betydning. Meldeplikten aktiviseres etter arbeidsgivers vurdering av dennes behov, dersom det ikke er bierverv som etter første ledd vil komme i konflikt med hovedarbeidsgivers interesser (l.c.).

Bestemmelsens 3. ledd presiserer hva det skal gis opplysning om. Arbeidsgivers rett til informasjon etter bestemmelsen begrenser seg til virksomhetens navn, art og omfang av helsepersonells bierverv eller engasjement. Omfang betyr i denne sammenhengen tidsbruk, varighet og størrelsen på inntjeningen. Arbeidsgivere kan be om opplysninger både fra arbeidstakere enkeltvis, fra enkelte helsepersonellgrupper og fra virksomhetens ansatte samlet sett. Bestemmelsen i helsepersonelloven gir ikke arbeidsgivere rett til å opprette register over de ansattes bierverv. Dersom en arbeidsgiver ønsker å lage et register over ansatte med bierverv, må vedkomme søke om konsesjon i samsvar med bestemmelsene i personopplysningsloven.

I helsepersonelloven 4. ledd blir det presisert at denne bestemmelsen ikke begrenser plikt til å informere om bierverv i avtale eller annet regelverk (l.c.).

Helsepersonells adgang til bierverv og behovet for lovregulering ble nøye vurdert under behandlingen av helsepersonelloven. Konklusjonen ble, etter en vurdering av positive og negative konsekvenser som bierverv kan ha, at det bare skulle tas inn en bestemmelse om meldeplikt. I Ot. Prp. Nr. 13 (1998-1999) s. 73 fremgår det blant annet: "Det forhold at offentlig ansatt helsepersonell påtar seg bierverv har flere positive virkninger. For det første kan ekstraarbeid innebære en mer effektiv utnyttelse av det enkelte helsepersonells ressurser, idet vedkommende da i fritiden utfører helsetjenester i tillegg til de helsetjenester som utføres i hovedarbeidet. Ved å påta seg bierverv vil dermed helsepersonell bidra til å øke det samlede helsetilbudet. Offentlig ansatt

helsepersonell vil dessuten gjennom bierverv kunne få erfaring som vil være til nytte i hovedervervet.”

Den meldeplikt helsepersonell har etter helsepersonelloven § 19 er ikke betinget av at biervervet er en fast ansettelse, eller et oppdrag av en viss varighet. Bierverv av kortvarig karakter, slik som for eksempel opplæringsvirksomhet, vil derfor også omfattes. Arbeidsgiveren skal ha den informasjonen som er nødvendig for å kunne ta stilling til om legens bierverv er i strid med gjeldende rett. Arbeidsgiveren kan dessuten tilpasse arbeidssituasjonen slik at helsepersonellet ikke fatter beslutninger innenfor områder der det kan oppstå tvil om deres habilitet.

5.3 Ulovfestet lojalitetsplikt

Leger er i utgangspunktet bundet av den samme alminnelige, ulovfestede lojalitetsplikt i arbeidsforhold, som gjelder for andre arbeidstakere. De ulovfestede regler om lojalitet gjelder både innenfor og utenfor ordinær arbeidstid. Det er også klart at den alminnelige lojalitetsplikt også gjelder for ansatte i det offentlige.

Lojalitetsplikten er ulovfestet og plikten er av Høyesterett formulert slik, jfr. Rt. 1990 s. 607: ”Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold”. I denne saken hadde en administrerende direktør og en systemsjef sagt opp sine stillinger og deltatt i stiftelse av konkurrerende selskap i oppsigelsestiden. Her fant retten at de hadde opptrådt illojalt overfor sin arbeidsgiver og på denne måte krenket de plikter de hadde som arbeidstakere.

5.4 Arbeidstakers plikt til å følge de tillitskrav som arbeidet forutsetter

Bierverv må være forenlige med de tillitskrav som stillingen forutsetter. (Rt. 1961 s. 1012) Dette innebærer imidlertid ikke at leger overhodet ikke bør ha adgang til å drive slik virksomhet, men at visse typer bierverv kan være betenkelige da pasientene kan bli i tvil om hvilken rolle legen har og hvilke interesser legen tjener. Dette av hensyn til legenes tillit i befolkningene. Følger det av arbeidsavtalen at den ansatte aktivt skal fremme virksomhetens interesser, vil lojalitetskravet som følger av tillitsforholdet

medføre en særlig forpliktelse for den ansatte til ikke å inneha bierverv som kan komme i konflikt med denne plikt.³⁵

Det er av betydning at leger handler upartisk, men det er også av betydning at folk har tillit til at de gjør det. Et sentralt poeng i Rt. 1996 s. 1401 var at det ikke var noe vilkår at allmennhetens tillit virkelig ble svekket. Dersom forholdene er egnet til å svekke tilliten er det tilstrekkelig. Det er heller ikke noe krav at det har inntruffet noe spesielt som er egnet til å sette allmennhetens tillit på spill. Det er nok dersom arbeidet kun ved sin eksistens kan skade tilliten.

På mange måter kan vi si at hovedreglene om habilitet reflekterer noen grunnleggende, etiske krav til de som blant annet opptre på vegne av det offentlige. Habilitetsreglene etter forvaltningsloven knytter seg til det å tilrettelegge eller treffe ”avgjørelse i en forvaltningssak”, jfr fvl. § 6 første ledd. Innenfor tjenesteytende organer som for eksempel et sykehus kan ikke alt som avgjøres kalles ”avgjørelse i en forvaltningssak”. Det er ikke noe i veien for at en lege behandler eller foreskriver medisiner til sine nærmeste. Andre avgjørelser kan imidlertid kreve habilitet, som for eksempel når det gjelder å ta stilling til hvilke pasienter som skal tas inn på sykehus når det er mangel på plass.

Rettspraksis gir også holdepunkter for at sterke offentlige hensyn kan gi grunnlag for å begrense adgangen til å inneha bierverv. Dette eksemplifiseres i Rt.1961 s. 1012 hvor det ble lagt til grunn at en kommune kunne forby sine ligningsfunksjonærer å ta oppdrag av regnskapsmessig art fra skatteyttere i kommunen. I den forbindelse uttalte Høyesterett at funksjonærene måtte ”finne seg i de bestemmelser som kommunen her har ansett det nødvendig å treffe ut fra de sterke offentlige hensyn som her gjør seg gjeldende”.

Alle leger må til enhver tid sørge for sin faglige uavhengighet. Legeyrket forutsetter tillit hos pasienten og befolkningen for øvrig. Pasientene må kunne være trygge på at

³⁵ Jakhelln. Legers adgang til bierverv s. 1596

legen i utøvelsen av sin profesjon som lege handler ut fra en faglig vurdering. Dette medfører blant annet at leger opptrer med faglig integritet overfor kommersielle interesser og holder sine egne økonomiske interesser atskilt fra de faglige vurderingene. En sterk kobling mellom legen og industrien kan for eksempel føre til at tilliten svekkes ved at det kan sås tvil om hvilke interesser legen tjener; pasientenes-, samfunnets-, industriens- eller egne interesser.

Leger er i dag i stor grad avhengig av et samarbeid med industrien både for å kunne vedlikeholde og opparbeide seg kunnskap. Dette er et samarbeid som både arbeidsgiver og pasienter kan nyte godt av. Arbeidsgiver slipper den kostnaden det medfører å sende leger på kurs og kongresser, og for pasientene kan det være til direkte nytte at legene får tilgang til ny kunnskap for å kunne tilby det mest moderne medisinske tilbudet. På den annen side er industrien avhengig av at leger både bruker deres utstyr og foreskriver deres medikamenter. Et tett samarbeid kan føre til tvil om legens beslutninger først og fremst ivaretar pasientens behov for adekvat medisinsk behandling eller er basert på legens eller andres økonomiske interesser. Gjentatte opinionsundersøkelser har for eksempel vist at befolkningen mener leger har bånd til industrien som påvirker deres valg av medikamenter. En ny avtale mellom Legemiddelindustriforeningen og legeforeningen trådte i kraft 1.1.2005.³⁶ Hovedmålene med denne avtalen er å bidra til at all samhandling mellom leger og legemiddelindustrien skjer på en troverdig og tillitsvekkende måte og at hensynet til god utvikling av legemidler og riktig bruk av legemidler ivaretas.

5.5 Arbeidstakerens plikt til ikke å drive illojal konkurranse med sin arbeidsgiver

Det er uklart hvilken betydning det alminnelige forbudet mot å drive eller medvirke i illojal konkurranse med hovedarbeidsgiver har når det gjelder utføring av helsetjenester³⁷.

³⁶ Avtale mellom Legemiddelindustriforeningen og DNLF om retningslinjer for samarbeid og samhandling mellom leger, Legeforening og legemiddelindustrien

³⁷ Se for eksempel Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s. 71

I utgangspunktet kan en arbeidstaker ikke drive virksomhet i illojal konkurranse med sin arbeidsgiver. Biarbeid som er i direkte konkurranse med arbeidsgivers virksomhet er som alminnelig prinsipp klart uakseptabelt. Det enkelte tilfelle vil bero på en konkret helhetsvurdering av forskjellige momenter. I deler av forvaltningen vil imidlertid formålet med virksomheten ofte være et annet enn økonomisk overskudd, og det kan da spørres om det vil kunne foreligge en konkurransesituasjon og dermed om det vil være mulig å drive virksomhet i illojal konkurranse med den offentlige arbeidsgiveren.

Med unntak av visse former for kommersiell forskning og visse privatklinikker synes de fleste former for bierverv blant leger å være av betydelig samfunnsgagnlig verdi. Dette la også lovgiver til grunn ved vedtakelsen av helsepersonelloven § 19. At arbeidsgiver skal kunne begrense legenes adgang til bierverv på et generelt grunnlag kan derfor virke urimelig, forutsatt at utøvelsen av biervervet ikke får noen konsekvenser for utøvelsen av hovedervervet. Heller ikke helsepersonelloven § 19 gir arbeidsgiver hjemmel for å nedsette et slikt generelt forbud.

Hensynet til arbeidstaker kan tilsi at det er unaturlig å anse en arbeidstaker for å ha opptrådt i strid med lojalitetskravet dersom det ikke kan påvises negative konsekvenser for arbeidsgiveren. Med konkurrerende virksomhet mener jeg derfor i utgangspunktet enhver handling som har - eller kan få - negative økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver. Dette utgangspunktet må imidlertid modereres ettersom andre hensyn kan gjøre seg gjeldende. Enhver handling som en lege foretar seg utenfor sin hovedstilling vil kunne være et potensielt inntektstap for helseforetaket som arbeidsgiver. På den annen side kan samme type virksomhet betraktes som supplerende/samarbeidende virksomhet dersom man, også fra arbeidsgivers synspunkt, har hovedfokus på kvantitativ pasientbehandling og ikke på arbeidsgivers inntjening/inntjeningstap. Den nye rammeavtalen mellom de regionale helseforetak og DNLF om avtalepraksis for legespesialister er utformet med fokus nettopp på dette, se §§ 1.2, 6.1 og 6.6.

Ettersom lojalitetsplikten ikke er lovfestet, vil det - dersom det ikke er inngått noen avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om adgangen til bierverv, være vanskelig å avgjøre om legen i det enkelte tilfelle utøver konkurrerende virksomhet i strid med lojalitetsplikten. Legevaksarbeid kan for eksempel neppe klassifiseres som konkurrerende virksomhet, da det snarere er en forutsetning for at sykehusene skal kunne drives optimalt. Spørsmålet er hvilke former for bierverv som kan kalles konkurrerende virksomhet. Dersom legen arbeider for andre helseforetak i samme helseregion driver han da med konkurrerende virksomhet? Hva med arbeid for andre helseforetak i andre helseregioner? Eller hvordan stiller det seg når det gjelder arbeid for klinikker med RTV-avtale som behandler ”garantibruddpasienter”?

Humanitært/ideelt arbeid som legen foretar seg på frivillig basis, kan være arbeid som både direkte og indirekte fører til negative økonomiske konsekvenser for arbeidsgiver. Eksempel på legearbeid som kan gi indirekte konsekvenser kan være livsstils – og kostholdsveiledning, opptrening m.m. som forebygger tilstander/problemer som arbeidsgiver normalt behandler og har inntjening på. Dette er samfunnsnyttig virksomhet som neppe arbeidsgiver kan forby. Mindre klart synes det å være dersom legen driver direkte humanitært/ideelt arbeid ved siden av sin hovedstilling, som arbeid som deltagelse ved pasienters interesseorganisasjoner med instruksjon, veiledning og/eller opptrening – og annen hjelp til selvhjelp. Dette arbeidet kan arbeidsgiver utføre og ha inntekter på. Spørsmålet er om slikt arbeid er i strid med lojalitetsplikten. Et moment av betydning kan være om legen får betaling eller arbeider gratis.

Tar man utgangspunkt i en privat klinikk der inntekstgrunnlaget utelukkende er basert på pasientbehandling, vil trolig arbeid ved andre klinikker med samme næringsgrunnlag være et brudd på lojalitetsprinsippet. Det kan derfor tenkes at en slik privatklinikk med hjemmel i lojalitetsprinsippet kan nekte sine ansatte leger å ha arbeid ved et sykehus som behandler de samme pasientene og således konkurrerer om næringsgrunnlaget.

Tar man derimot utgangspunkt i et sykehus blir problemstillingen mer komplisert ettersom sykehuset har en rekke ulike arbeidsoppgaver og et annerledes næringsgrunnlag med delvis rammefinansiering. I tillegg til elektiv pasientbehandling

har sykehuset blant annet også ansvar for øyeblikkelig hjelp, utdanning av helsepersonell, kontrollfunksjoner ved smittevern, samt ansvar for kronisk syke og terminal pleie. Spørsmålet om illojal konkurranse vil i hovedsak være rettet mot elektiv pasientbehandling. At elektiv pasientbehandling i seg selv er et næringsgrunnlag for sykehuset medfører ikke automatisk at elektiv pasientbehandling ved annen bedrift er konkurrerende og illojal virksomhet. Behandling av de pasienter som ikke har fått behandlingstilbud/behandlingsgaranti ved det ”første” sykehuset kan neppe betraktes som konkurrerende virksomhet. Det samme gjelder ”garantibruddpasienter” som ikke har fått den behandling de har krav på etter pasientrettighetsloven. Disse pasientene kan kreve å få behandling innen kort tid ved en annen bedrift som har RTV-avtale. Legens arbeidsgiver blir i dette tilfellet RTV, og arbeidet kan neppe kalles illojalt ettersom legen her i siste instans sikrer pasienten den behandling som sykehuset har garantert for. Sykehuset har imidlertid misligholdt tidsfristen og mister denne ”bestillingen/ordren”. Behandlingskostnadene må imidlertid sykehusene selv betale, men dette medfører ikke, slik jeg ser det, at legens bierverv blir illojal ettersom utgangspunktet her er mislighold fra sykehusets side. Dersom lojalitetsprinsippet her skal være overordnet pasientrettighetsloven vil dette på sikt kunne undergrave tilliten til hele helselovgivningen.

Derimot er det slik jeg ser det ved direkte konkurranse om elektive pasientgrupper at lojalitetsprinsippet kan ha sin største relevans. Sykehusenes inntektsgrunnlag utgjøres i dag, dels av DRG-honorering, dels av rammebevilgninger. Arbeid i virksomhet som konkurrerer direkte om de samme pasientene og den samme DRG-honorering må sies å kunne være en trussel mot arbeidsgivers inntektsgrunnlag og dermed også i strid med lojalitetsprinsippet. Spesielt sentralt kan dette bli i tiden fremover dersom sykehusenes finansiering i økende grad blir DRG-basert. Her kan det synes som om arbeidsgiver kan ha større rett til å nekte leger adgang til bierverv, selv om dette i et større perspektiv kan ha negative konsekvenser for pasientene og samfunnet. Imidlertid kan det spørres om det er tilstrekkelig at det foreligger en potensiell konkurransesituasjon. Det kan være vanskelig for foretakene å hevde at det foreligger en illojal konkurransesituasjon dersom det foreligger ventelister for behandling/vurdering. Departementets grundige behandling av helsepersonelloven § 19 støtter også opp om dette synet. Heller ikke vil et dårligere

totaltilbud til pasientene stå i samsvar med helsereformens uttalte formål. Slik jeg ser det vil derfor neppe en potensiell konkurransesituasjon være tilstrekkelig. Spørsmålet om adgang til å nekte leger bierverv på grunnlag av konkurransebetragtninger synes derfor å ha å ha størst betydning dersom det ikke foreligger ventelister.

Enkelte pasientgrupper får ikke tilbud om behandling/behandlingsgaranti ved norske sykehus. Denne andelen vil trolig øke som følge av helsereformen. Ved at sykehusene er pålagt store innsparinger, kan dette medføre at det totale helsetilbudet bli redusert. Det offentlige tilbyr behandling på bestemte indikasjoner. Et eksempel på dette er kirurgisk behandling av åreknuter som kun behandles dersom disse fører til medisinske plager. De pasientene som ikke innfrir behandlingskriteriene mangler tilbud fra det offentlige. Dersom de private sykehusene opererer denne pasientgruppen får pasientene hjelp, selv om de i følge vårt offentlige helsevesen "ikke trenger det", en pasientkategori som kan bli enda større i fremtiden. Ved å nekte legene bierverv hos private aktører kan dette medføre redusert behandlingstilbud til denne pasientgruppen. Andre helsetjenester utføres ikke overhode av offentlige sykehus, som enkelte kosmetiske behandlinger. De private aktørenes behandling vil da ikke føre til inntektstap eller fare for inntektstap for helseforetaket slik at virksomheten neppe betraktes som konkurrerende virksomhet.

Arbeidstakerens stilling vil som nevnt kunne være et moment av betydning. Ansatte i ledende stillinger generelt har en mer omfattende lojalitetsplikt enn arbeidstakere i underordnede stillinger etter Rt. 1993 s. 300. Her ble det lagt til grunn at det må stilles "strengt krav for så vidt til den som er daglig leder for en bedrift". En lege som er klinikkjef vil det antagelig kunne stilles strengere krav til enn en avdelingsoverlege på sykehuset.

Arbeidstakerens subjektive forhold kan også være et moment av betydning. Setter arbeidstaker bevisst egne interesser foran arbeidsgiverens, vil det normalt ikke være grunn til å beskytte han. Dette gjelder også dersom virksomheten er i strid med arbeidsreglement eller arbeidsgivers retningslinjer. Det vil da være vanskelig å nå frem med en påstand om at virksomheten ikke innebærer illojal konkurranse. Det kan derimot være mer usikkert om en arbeidstaker kan argumentere med at vedkommende ikke var

klar over at virksomheten utgjorde illojal konkurranse. For helsepersonells vedkommende vil helsepersonelloven § 19 komme inn og regulere dette. På den annen side kan det forhold at arbeidsgiveren tidligere har akseptert lignende virksomhet være et moment av betydning. Det har i legeyrket vært lang tradisjon for å ha bierverv ved siden av hovedstillingen. Som vist til tidligere kan legers bierverv variere betydelig i omfang og innhold. Dette er forhold som vil være av betydning når man skal vurdere om grensene til lojalitetsplikten er overskredet.

6 Avtalte og ensidig fastsatte begrensninger

6.1 Tariffavtaler som regulerer legers adgang til bierverv

I hovedtariffavtalen til staten (2004 – 2006), er det i første kapittel under sentrale bestemmelser i 1.1.4 gitt bestemmelse om ekstraerverv ; ”Arbeidstakere må ikke inneha bistillinger, bierverv, styreverv eller andre lønnede oppdrag som kan hemme eller sinke deres ordinære arbeid med mindre det foreligger særskilt pålegg eller tillatelse”. Denne bestemmelsen innskrenker statstilsattes adgang til å inneha lønnede bierverv. Antitetisk kan imidlertid bestemmelsen forstås slik at dersom slikt arbeid ikke ”hemmer eller sinke deres ordinære arbeid” er det tillatt.

Legeforeningen sentralt har inngått enkelte avtaler som har bestemmelser om bierverv. Et eksempel på en slik avtale er særavtalen mellom Forsvarets overkommando og DNLF om militært ansatte leger i full stilling med redusert arbeidstid, jfr § 2.2.. Forholdene faller utenfor avgrensningen til denne oppgaven og er i tillegg så særegne at de er lite egnet til å kaste lys over denne fremstillingen. DNLF sentralt har med unntak av disse særegne avtalene ikke inngått noen avtaler om bierverv.

Aktuelle overenskomster/avtaler:

Overenskomst mellom NAVO og Akademikerne – del A1 (Denne gjelder for alle akademikerorganisasjonene som har avtale med NAVO).

Overenskomst mellom NAVO og DNLF – del A2 (Denne avtalen er begrenset til leger som er medlemmer av DNLF).

Ingen av disse inneholder konkrete bestemmelser om bierverv. Av bestemmelser som kan være aktuelle i disse avtalene nevner jeg likevel følgende;

Hovedavtale mellom NAVO og Akademikerne Helse (18.3.2004 – 31.12.2007)

§ 27 Offentlige verv, fastsetter:

”Ansatte som har offentlige verv skal gis tjenestefri i den utstrekning det er nødvendig for å utføre vervet når det kan skje uten at virksomheten blir skadelidende. Dette gjelder ikke når disse verv kan skjøttes utenfor arbeidstiden.”

Overenskomst mellom NAVO –Helse og DNLF

§ 2.4 Kombinerte stillinger, fastsetter:

”Partene er enige om at det i helseforetakene skal tilrettelegges for kombinerte stillinger med tjenestested både på sykehus og universitet/høyskole der hvor oppgaver, funksjoner og forholdene for øvrig ligger til rette for det. Legenes tjenesteplikt med hensyn til undervisning kombinert med tilstrekkelig tid til forskning, kan utformes nærmere etter særskilt avtale med den enkelte lege.”

Begge disse avtalene er eksempel på at arbeidsgiver ser at andre hensyn kan gjøre seg gjeldende for leger i enkelte stillinger, og legenes lojalitetsplikt defineres videre.

I tillegg er legers adgang til bierverv i varierende grad forsøkt regulert gjennom B – dels overenskomstene mellom de enkelte helseforetak og DNLF. Disse avtalene kan i hovedtrekk oppsummeres slik at bierverv innenfor fastlagt arbeidstid krever spesiell tillatelse fra arbeidsgiver, og er således i overensstemmelse med det alminnelige prinsipp om arbeidstakers plikt til å stille sin arbeidskapasitet til rådighet for arbeidsgiver innenfor arbeidstiden. Utenom arbeidstiden kan leger derimot påta seg bestemte typer ekstra arbeid, og etter særlige avtaler med foretakene benytte egne kontorer m.v. til dette. Dette samsvarer med det alminnelige prinsipp om at arbeidsgiver kan benytte fritiden sin etter eget ønske. I tillegg gir enkelte avtaler legen økt mulighet til bierverv ved at arbeidsgiver tilbyr legene blant annet å bruke deres kontorer til bierverv.

Enkelte av disse avtalene åpner ytterligere for at legene skal kunne utføre bierverv innenfor arbeidstiden. Eksempler på dette kan være ekstraordinær poliklinisk virksomhet og produktivitetsavtaler i forbindelse med bestemte tiltak, at legen kan arbeide for annen arbeidsgiver i utdanningspermisjonen og at permisjon kan gis for arbeide i internasjonale organisasjoner og i norske hjelpetiltak i utviklingsland . Et

ytterligere eksempel kan være B-dels overenskomsten til Det norske radiumhospital §4.2, som blant annet har i sin avtale at den enkelte lege i sin fritid kan utføre konsulentoppdrag relatert til legens stilling ved DNR-HF, og at retningslinjer for slike oppdrag skal utarbeides i samarbeid med de tillitsvalgte.

Hovedtendensene i tariffavtalene som DNLF har inngått på dette området synes klar. Det finnes ikke noe generelt forbud mot bierverv i disse bestemmelsene. Tvert i mot gir flere av tariffavtalene legen positiv adgang til å drive forskjellig former for bierverv. Dersom man holder seg innenfor de tariffavtalte begrensningene gir bestemmelsene inntrykk av at det er adgang til bierverv.

Enkelte tariffavtaler synes imidlertid å gå langt i å regulere legenes adgang til bierverv, og det kan stilles spørsmål om bestemmelsenes gyldighet. Et eksempel er B – dels overenskomsten mellom Helse Førde HF og DNLF § 2.1, hvor følgende er avtalt: ”Den enkelte lege kan i sin fritid å påta seg arbeid med spesialisterklæringer for offentlige organer m.v., samt andre medisinske oppgaver etter avtale med arbeidsgjevar.”

I utgangspunktet er tariffavtalens parter bundet av de grenser som lovgivningen trekker opp for avtalefriheten. Dersom en tariffavtale er i strid med en preseptorisk lovbestemmelse vil den være ugyldig. Det er imidlertid en ganske klar tendens i lovgivningen at ellers ufravikelige regler kan fravikes ved tariffavtale, fordi styrkeforholdet blir mer likt når en fagforening forhandler på arbeidstakers vegne med arbeidsgiver – eller arbeidsgiverforeninger, enn dersom man forhandler på egne vegne med sin arbeidsgiver.³⁸ Tariffavtalen er imidlertid inngått mellom Helse Førde HF og DNLF lokalt, hvilket muligens kan tilsi at styrkeforholdet er mer ulikt enn dersom DNLF sentralt skulle fremforhandlet avtalen.

I følge rettspraksis får avtalelovens alminnelige ugyldighetsregler anvendelse overfor tariffavtaler, jfr ARD 1945-48 s.1. Imidlertid synes det som om terskelen er høy for å finne en slik avtale ugyldig. I Rt 2001 s. 71 ble det ikke funnet motstrid med

³⁸ Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten s. 81

avtaleloven § 36; ”domstolen bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet”. På den annen side kan det stilles spørsmål ved hvor langt DNLF kan binde enkeltmedlemmene. Tendensen synes å være at fagorganisasjonen må utvise betydelig grad av toleranse og respektere at enkeltmedlemmer vil reservere seg hvor det er tale om ordninger som griper sterkt inn i det enkelte medlems personlige og individuelle forhold.³⁹

For å inngå tariffavtale må den som opptrer på vegne av en part ha fornøden fullmakt, jfr. ARD 1938 s.61. Dessuten kan også et fagforeningsvedtak være for vidtgående og derfor ugyldig. Som illustrasjon kan nevnes Rt. 1967 s. 1373. I denne saken, som var anlagt av tre arbeidere, var spørsmålet om et fagforbund gyldig kunne gjøre et vedtak om å tegne kollektiv hjemforsikring for medlemmene. Med dissens 4:1 kjente Høyesterett vedtaket ugyldig. Begrunnelsen til flertallet var at ordningen ikke kunne gjøres obligatorisk for dem som ønsket å ordne sine forsikringer på annen måte. Dette til tross for at forbundets vedtekter ikke var til hinder for at det ble truffet en ordning med kollektiv hjemforsikring for medlemmene. Vedtaket lå utenfor forbundets primære formål som fagforening og betegnet ”et betydelig inngrep i den enkeltes selvbestemmelsesrett i forhold av rent personlig art”.

Regulering av legers bierverv er og har vært et sentralt spørsmål ved tariffreguleringene, slik at det neppe kan sies at reguleringen av legers adgang til bierverv faller utenfor DNLF's primære formål som fagforening. På den annen side kan det spørres om avtalen går for langt da den innebærer et betydelig inngrep i den enkelte leges selvbestemmelsesrett i forhold av rent personlig art. Avtalen mellom Helse Førde HF og DNLF gir ikke et generelt forbud mot bierverv, men regulerer kun legens til bierverv som angår medisinske oppgaver. Disse kan legen i følge tariffavtalen ha etter avtale med arbeidsgiver. Avtalen synes å innebære en adgang for arbeidsgiver til å nekte legen bierverv, det vil si at arbeidsgiver etter denne avtalen enten kan godta - eller nekte legenes bierverv. Dette begrenser legenes fritid i betydelig grad, og spørsmålet er om

³⁹ Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten s. 114

dette er et så vidt betydelig inngrep i den enkeltes selvbestemmelsesrett, at det må kunne være adgang for legene til å reservere seg mot bestemmelsen, eller anse den som ugyldig. Jeg er tilbøyelig til å tro at dette er tilfellet. I alle fall er det spørsmål om det foreligger et tilstrekkelig saklig grunn til å gå så langt som tariffavtalen her fastsetter. Saklighetskravet må føre til at generelle og kategoriske løsninger ikke velges. Et generelt forbud mot enhver form for bierverv vil organisasjonene neppe ha adgang til å inngå i kraft av den kompetanse som følger av medlemskap og vedtaksbestemmelser.⁴⁰ Et eventuelt avslag må derfor - i så fall basere seg på en konkret helhetsvurdering av den enkelte lege og dennes bierverv.

6.2 Styringsretten og den individuelle arbeidsavtalen

Legers adgang til bierverv har som nevnt fått ny aktualitet gjennom helsereformen. Spørsmålet om i hvilken grad arbeidsgiver kan nekte leger bierverv, berøres av en rekke forhold, både av generell og spesiell karakter, relatert til leger.

Arbeidsavtalen etablerer en lydighetsplikt. Arbeidsgivers styringsrett følger som en konsekvens av selve avtalen. Styringsretten gjelder i hovedsak innenfor arbeidstidens og arbeidsavtalens rammer. Ansatte råder i utgangspunktet fritt over egen fritid, og kan dermed som hovedregel påta seg bierverv i tillegg til sitt hovederverv. Styringsretten vil hjemle regler som presiserer nærmere de regler som følger av arbeidsforholdet. At styringsretten er underlagt vesentlige begrensninger følger av bestemmelser både i lovgivning, tariffavtaler og selve arbeidsavtalen. Arbeidsgivers rett til å nekte ansatte bierverv som følge av styringsretten må vurderes konkret basert på en helhetsvurdering der forskjellige momenter må legges til grunn.

Dersom arbeidsgiver går inn og regulerer ansattes adgang til bierverv befinner arbeidsgiver seg på legalitetsprinsippets kjerneområde. Det å selv velge om man vil inngå et arbeidsforhold, og eventuelt med hvem, er en grunnleggende rettighet i vårt demokrati. Påbud eller forbud fra arbeidsgiveren som går utover styringsretten krever

⁴⁰ Jakhelln. Legers adgang til bierverv s. 1602

trolig hjemmel i lov.⁴¹ Det er ikke forbud i norsk lov mot å ha flere arbeidsgivere dersom dette ikke strider mot lojalitetsprinsippet.

En individuell arbeidsavtale vil kunne være hjemmel for at arbeidstaker på kontraktrettslig grunnlag ikke har adgang til å påta seg bierverv. Ved siden av de plikter som følger av arbeidsavtalen, slik som arbeidstakerens plikt til å stille sin arbeidskraft til rådighet og utføre arbeidet tilfredstillende, kan dette være ytterligere avtalt. Avtalen må tolkes på grunnlag av de bindende retningslinjene for avtaleloven som har utviklet seg gjennom rettspraksis. Regulering gjennom ansettelsesavtalene er imidlertid, hvor dette ikke allerede følger av eksisterende arbeidsavtale, kun aktuelt for nye arbeidsforhold.⁴² I en dom fra Gulating lagmannsrett⁴³ fikk arbeidsgiver medhold i at forhåndsnektelse av arbeidstakers virke om å påta seg et lønnet arbeid på fritiden var hjemlet i arbeidsavtalen - og forholdene for øvrig - og ble frifunnet for arbeidstakerens erstatningskrav.

En ferdig tolket avtale må også vurderes i forhold til de eksisterende ugyldighetsregler. Disse har til formål å beskytte avtaleparten mot utilbørlig adferd fra medkontrahentens side, beskytte mot egen uforstand eller motvirke avtaler med innhold som av samfunnsmessige grunner ikke er ønskelige.⁴⁴ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeseerklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (Avtaleloven) § 36 inneholder en generell hjemmel til helt eller delvis å sette til side eller endre urimelige avtaler. Denne må vurderes i sammenheng med det generelle arbeidsrettslige saklighetskrav.⁴⁵ En arbeidsavtale hvor den ansatte for eksempel skriver under på at vedkommende aldri skal gifte seg vil være ugyldig. Dette følger også av Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15.april 1687 Femte Bog 2. art, da en slik avtale vil stride mot ”Ærbarhed”.

⁴¹ Universitetsansattes Biarbeid pkt. 4.3

⁴² Se kommentarer til arbeidsmiljøloven (Universitetsforlaget, Friberg, Fougner, Holo)

⁴³ LG 1997-889

⁴⁴ G.Woxholth s. 298

⁴⁵ Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten s. 49

Omstendighetene rundt ansettelsen vil også ha betydning når avtalen skal tolkes og utfylles. En ansatt som blir tilbudt stilling, kan for eksempel være i en slik situasjon at vedkommende føler seg presset til å inngå en avtale om ikke å ha adgang til å inneha bierverv. Dette kan være tilfelle der hvor andre reelle arbeidstilbud ikke finnes, og er forhold som kan føre til at arbeidsavtalen blir ugyldig. Rettspraksis har også gitt uttrykk for at styringsretten er begrenset. Dette synliggjøres i Rt. 2001 s. 48. Arbeidsgiver hadde her tilbudt ansettelse på betingelse av at arbeidstakerne ikke fagorganiserte seg. Dette anså Høyesterett var urettmessig, da betingelsen var i strid med formålet til arbeidsmiljøloven § 55 A slik den lød tidligere. Høyesterett uttaler generelt i Rt. 2000 s. 1602 : ”Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolking og utfylling av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen”.

For adgangen til bierverv gjelder i stor grad, hva konkurransemomentet angår, de samme prinsipper som er fastsatt i avtalelovens § 38 for konkurranseklausuler, avtalt med henblikk på situasjonen etter at den ansatte har sluttet i virksomheten. Slike klausuler er ikke gyldige for ansatte i underordnet stilling med mindre den ansatte på grunn av stillingens art har fått ”indblik i indehaverens kundekrets eller forretningshemmeligheter” og dette innblikk kunne utnyttes ”til betydelig grad at skade indehaveren”. Vil klausulen i urimelig grad vanskeliggjøre den ansattes adgang til erved, vil den likevel ikke være gyldig. Klausuler som strekker seg ”længer end paakrævet for at verne mot konkurranse” er i alle fall ikke gyldige.⁴⁶ Type stilling vil kunne være avgjørende for i hvilken grad arbeidsgiver vil kunne nekte vedkommende bierverv. Graden av lojalitet vil som nevnt i noen grad være relativ, slik at arbeidsgiver i kraft av styringsretten vil kunne stille strengere krav til ansatte i ledende stillinger enn til vanlig ansatte.

⁴⁶.Jakhelln. Legers adgang til bierverv s. 1598-1599

De beslutninger som treffes må være saklige. For offentlige tjenesteforhold følger dette av de alminnelige forvaltningsrettslige regler, men det synes i dag å ha alminnelig tilslutning. Med den allmenne saklighetsnorm må også likebehandlingskravet suppleres. Til dels er dette lovregulert i arbeidsmiljøloven §§ 54 flg. Likebehandlingskravet vil også kunne karakteriseres som en grunnleggende menneskerettighet. I Innst. O. Nr 27 (1997-98) s. 10 kommer kommunalkomiteen med en helt generell uttalelse i tilknytning til likebehandlingsproblematikken: Arbeidsgivers styringsrett ”må begrenses i de tilfeller den kommer i strid med grunnleggende menneskerettigheter eller andre verdier som er viktige i samfunnet vårt”. Dette siste kan berøre forhold som er omtalt i Ot.prp. nr 13 (1998-1999). Andre forhold som vil kunne være av betydning når det gjelder styringsretten i arbeidsforhold er alminnelige personvern hensyn, vern av personlig integritet samt det generelle saklighetskrav som Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 Nr. 31 § 11 fastsetter på sitt område.

Samlet sett synes det som om det er få holdepunkter for at arbeidsgivers styringsrett, overfor legers bierverv, reguleres spesielt i de generelle bestemmelser som omfatter arbeidsgivers styringsrett i arbeidslivet.

Hovedtendensen i tariffavtalene er at leger har adgang til bierverv, dersom det ikke hemmer eller sinker det ordinære arbeidet, jfr. hovedtariffavtalen til staten pkt. 1.1.4. Arbeidsgiver kan neppe på egen hånd innføre begrensninger i adgangen til bierverv utover de tariffavtalte. Der hvor adgangen til bierverv er forutsatt i tariffavtalene må det antas at styringsretten er begrenset. Dette må sannsynligvis også gjelde begrensninger som arbeidsgiveren ellers ville kunne fastsette i kraft av styringsretten. Ensidige begrensninger fra arbeidsgiversiden vil støte an mot det tariffrettslige ufravikelighetsprinsipp i Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1 § 3 nr. 3, jfr. Lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958 nr 2 § 13 og således være ugyldige. Styringsretten er med andre ord begrenset med de forutsetninger tariffavtalene gir uttrykk for.⁴⁷

⁴⁷.Jakhelln. Legers adgang til bierverv s. 1608

Legers henvisning av pasienter til andre institusjoner enn arbeidsgiver er problematisk både i forhold til befolkningens tillit til legene og illojal konkurranse med arbeidsgiver. I utgangspunktet er det i strid med lojalitetsplikten dersom legen i sitt hovederhverv henviser pasienter til egen privat virksomhet eller til virksomhet hvor man enten har eierinteresser i eller selv arbeider i konkurranse med hovedarbeidsgiver. Dette kan bidra til at befolkningens tillit til leger kan svekkes generelt - negative samfunnskonsekvenser sett i et større perspektiv⁴⁸. Forutsetningen for denne typen bierverv, er at dette gjøres i full åpenhet og i forståelse med hovedarbeidsgiver på en slik måte at pasienten er helt trygg på legens motiver og forslag til behandling. Det er avgjørende om biervervet er egnet til å svekke tilliten til at legen treffer avgjørelser bare på grunnlag av faglige og samfunnsøkonomiske vurderinger. Pasientene må være trygge på at behandlingen som tilbys eller henvisningen til annet tilsvarende eller antatt "bedre" behandlingstilbud, er gitt ut fra objektive medisinske indikasjoner og ikke ut fra legens kommersielle - eller andre interesser. På den annen side kan helseforetakenes styringsrett også bli brukt i en helsepolitisk prosess for å hegne om en medisinsk monopolstilling, og således svekke befolkningens tillit til helseforetakene generelt.

Det fremgår av forarbeidene⁴⁹ til helsepersonelloven § 19 at bestemmelsen må ses i sammenheng med arbeidsgivers styringsrett og adgang til å avtale ordninger for innhenting av informasjon. Bestemmelsen er med på å bidra til at helsepersonells bierverv blir preget av åpne og ordentlige forhold, noe som blant annet er av stor betydning når det gjelder henvisningsproblematikken. Stortinget behandlet grundig spørsmålet om helsepersonells bierverv i forbindelse med utarbeidelsen av denne loven. Dette resulterte kun i en meldeplikt for helsepersonellfaglige bierverv, da helsepersonells bierverv også har mange og viktige sider. Formålet med loven var i følge forarbeidene⁵⁰ å skaffe ryddige forhold som gir bedre oversikt, slik at det kan bli enklere for arbeidsgiver å gripe inn overfor eventuelle helsepersonellfaglige bierverv som går ut over de begrensninger som følger av tariffavtale og/eller ulovfestet rett.

⁴⁸ Rt 1996 s. 1401

⁴⁹ Ot.prp. nr 13 (1998-1999) s. 225

⁵⁰ Ot.prp nr.13 (1998-1999) s.71

I departementets styringsdokument til de regionale helseforetakene for 2003 blir det blant annet minnet om at foretakene i forbindelse med avtaleinngåelse med private virksomheter må være bevisste på at partene får hovedarbeidsforhold i foretakene, eventuelt tillates å ha bierverv i private virksomheter eller drive virksomhet i egen regi, men ikke slik at dette kan komme i en konkurransesituasjon i forhold til foretakene. Her henviser departementet indirekte til lojalitetsprinsippet og begrepet illojal konkurranse, uten å definere nærmere når disse prinsipper skal komme til anvendelse. Departementet forutsetter også at foretakene, med utgangspunkt i sin arbeidsgiverposisjon, vurderer retningslinjer for slike biervervsforhold. Vurderingene forutsettes gjort i samsvar med blant annet helsepersonelloven § 19 og annet regelverk. Det følger også av styringsdokumentet at det må legges vekt på hva som best tjener realiseringen av de helsepolitiske målene, at forutsetningene for god drift i helseforetakene ikke svekkes, og at det heller ikke etableres rollemessige uklarheter som er egnet til å svekke helsetjenestens legitimitet. RHF –ene skal legge til rette for, og påse at helsepersonell utfører arbeidet i samsvar med kravene til faglig forsvarlighet, jfr. helsepersonelloven § 4. De regionale helseforetakene må for å sikre nødvendig tillit til at helsetjenester leveres på et faglig grunnlag påse at personell verken på egne eller andres vegne mottar gave, provisjon, tjeneste eller annen ytelse som kan være egnet til å påvirke handlinger på en utilbørlig måte, eller som kan gi grunnlag for tvil om handlinger påvirkes, jfr. helsepersonelloven §§ 6 og 9. Arbeidstakers bierverv eller annen tilknytning til leverandører eller tjenesteytere i forhold til foretaket kan også føre til at slik tvil kan oppstå.⁵¹

Det kan synes som at departementet legger mer i helsepersonelloven § 19 enn det er grunnlag for å utlede av bestemmelsen og dens forarbeider.⁵² Styringsdokumentet gir inntrykk av at helsepersonelloven § 19 er med på å trekke opp retningslinjer for arbeidsgivers vurdering av bierverv. Slik kan bestemmelsen neppe oppfattes.

Helsepersonells adgang til bierverv ble grundig vurdert av Stortinget som resulterte kun i en meldeplikt til arbeidsgiver. Bestemmelsen gir ikke arbeidsgivere noen ytterligere rett til å nekte leger bierverv utover det som tidligere fulgte av ulovfestede

⁵¹ Ot.prp. nr.63 (2002-2003)

⁵² Ot.prp. nr. 13 s.73

bestemmelser. Tvert i mot betraktet Stortinget som nevnt det som positivt at leger arbeidet ut over sin hovedstilling, ettersom dette fører til en mer effektiv utnyttelse av ressursene, helsetilbudet øker og legene får mer erfaring.

Legene har lang tradisjon for å inneha bierverv. Særlig for leger i offentlige stillinger har dette vært vanlig. Heller ikke i dag er det uvanlig praksis blant leger å inneha bierverv hos private aktører mens man har sin hovedstilling i helseforetakene. I andre land som det kan være naturlig å sammenligne oss med, som Sverige og Danmark, har leger i utgangspunktet rett til bierverv. Også i disse landene finnes ulike ordninger for meldeplikt for legers bierverv.

Ved vurderingen av om arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett skal kunne nekte legene bierverv må dette som nevnt ses i sammenheng med lovgivning, tariffavtaler og arbeidsavtalen. Hovedmålsetningen med helsereformen var som nevnt blant annet å bedre helsetjenesten sett fra pasientens ståsted, blant annet ved å øke pasientenes rettigheter. Begrensning av legenes adgang til bierverv vil kunne føre til at pasientene får et dårligere totaltilbud av helsetjenester, noe som også vil være i strid med helsereformens uttalte målsetning. Dersom arbeidsgiver på generelt grunnlag skal kunne nekte legene bierverv står dette i sterk kontrast med lovgivers intensjoner.

Når det gjelder dagens situasjon, der helsevesenet i større grad baserer seg på markedsøkonomiske prinsipper, kan det spørres om forholdene har endret seg slik at helseforetakene gjennom sin styringsrett kan nekte legene bierverv. Historisk sett har situasjonen stadig endret seg som følge av den medisinske utvikling, og diskusjonen om bierverv har vært aktuell ved samtlige tariffreguleringer siden 1947. Både Stortingets behandling av helsepersonellovens § 19 og tariffavtalenes ufravikelighetsprinsipp taler i mot at arbeidsgivers styringsrett alene kan hjemle et generelt forbud mot bierverv ut over det som arbeidsgiver kan i kraft av alminnelige arbeidsrettslige prinsipper. Dersom arbeidsgiver ensidig skulle fastsette begrensningene for adgangen til bierverv ville dette vært å overlate til denne part selv å trekke grensen for sin rett, en rett som bare arbeidsgiver har fordeler av. Etter de alminnelige arbeidsrettslige prinsipper kan arbeidsgiver ha adgang til å hindre helsepersonell i å ha

engasjementer har som innebærer en konflikt med hovedarbeidet, jfr. hovedtariffavtalen i staten pkt.1.1.4. Legen kan også måtte begrense sitt bierverv som følge av ulovfestet lojalitetsplikt og de tillitskrav legen måtte ha i forbindelse med stillingen sin.

Lojalitetsplikten kan komme til anvendelse der legen har bierverv i bedrifter som direkte konkurrerer med hovedarbeidsgiver om de samme pasientene og dermed også inntektsgrunnlaget, eksempelvis i tilfeller der legen er ansatt i flere private klinikker. I bedrifter som bare har DRG - refusjon eller pasienthonorarer som sin eneste inntektskilde synes lojalitetsprinsippet og illojal konkurranse å være relevant. Sykehusene har i dag fortsatt delvis rammebevilgninger og flere samfunnsmedisinske oppgaver enn bare kurativ virksomhet. Spørsmålet om når prinsippet om illojal konkurranse blir relevant i denne sammenheng er ikke klart. Dersom man tenker seg en situasjon i fremtiden der sykehusene i langt større grad, eller helt og holdent, blir DRG – finansiert, vil prinsippet om illojal konkurranse om bierverv slik jeg ser det bli mer relevant. Dette forutsetter at ventelistene er akseptable eller ikke til stede. Dersom ventelistene til tross for denne rent DRG – avhengige virksomhet er uakseptabelt lange blir prinsippet om illojal konkurranse igjen mindre relevant på grunn av de samfunnsmedisinske konsekvenser som er omtalt i Ot. prp nr. 13 (1998-1999) s. 73.

6.3 Styringsretten og arbeidsreglementer

Arbeidsgiver kan også i kraft av styringsretten gi bestemmelser i arbeidsreglementer som kan ha betydning for arbeidsforholdet. Begrensningene i arbeidsgivers styringsrett følger også her.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett ble en fast ansatt selger i et forsikringsselskap avskjediget fordi han drev begravellesbyrå som bierverv. Det fulgte av selskapets arbeidsreglement at det ikke var adgang til å drive annen ervervsvirksomhet uten samtykke. Slikt samtykke var ikke søkt og ville ikke bli gitt. I likhet med byretten fant lagmannsretten at avskjeden var rettmessig og frifant forsikringsselskapet.⁵³

⁵³ LB 1994-2812

Arbeidsreglement som arbeidsgiver framsetter må være i overensstemmelse med de arbeidsrettslige regler. Dette følger blant annet av arbeidsmiljøloven § 69.

Det at virksomheten selv, ut fra egne behov, vurderer et arbeidsreglement som rimelig er ikke avgjørende. Domstolene vil selvstendig måtte vurdere rimeligheten av disse bestemmelsene. Arbeidsgiver trenger ikke her en viss skjønnsmessig frihet når den skal vurdere spørsmålet. Når det derimot gjelder adgangen til å overprøve virksomhetens driftsmessige disposisjoner har domstolene begrenset adgang til dette, både etter forvaltningsmessige og arbeidsmessige prinsipper. Ut fra denne bakgrunn er det vesentlig at domstolene kan foreta en objektiv vurdering ut fra de rimelighetskriterier som relevante lovbestemmelser legger opp til, hvor de driftsmessige hensyn avveies mot andre hensyn som her gjør seg gjeldende. Arbeidsreglementet vil kunne bli kjent ugyldig både som følge av arbeidsmiljøloven §§ 69,72 og/eller avtaleloven § 36.⁵⁴

⁵⁴ Jakhelln. Legers adgang til bierverv s. 1600

7 Konklusjon

Adgang til bierverv er ikke regulert gjennom helsepersonelloven § 19, selv om denne gir arbeidsgiver rett til opplysninger om legers bierverv. Gjennomgangen viser at det finnes begrensninger i adgangen til bierverv, men at adgangen i utgangspunktet er vid. Dette er imidlertid et område som er preget av uklare regler. Lojalitetsplikten er ulovfestet, og det vil ofte være vanskelig å avgjøre om denne plikten i et konkret tilfelle er overtrådt. Relevant rettspraksis er sparsom. Spørsmålet om legers adgang til bierverv må derfor avgjøres konkret i det enkelte tilfelle, og som fremstillingen viser gjør spesielle samfunnshensyn seg gjeldende her.

Legenes adgang til bierverv har helt siden det moderne sykehusvesenet fikk sin nåværende form vært et sentralt tema og har vært gjenstand for diskusjon ved samtlige tariffreguleringer siden 1947. Legene har i stor grad beholdt retten til å inneha bierverv, fordi man har kommet frem til at dette ut i fra en totalvurdering representerer et samfunnsgode. Spørsmålet er om omstruktureringen i helsevesenet gjennom den nye helsereformen har endret dette.

At legers adgang til bierverv stadig er aktuelt stoff får vi blant annet bekreftet gjennom medieoppslag. Slik det fremstilles i dag, kan synes som om det er stor konkurranse om pasientene, og at legene utnytter sin posisjon til egen økonomisk vinning når de arbeider både i helseforetakene og hos private konkurrenter. Helsereformen har ført til store endringer i helsevesenet. Slik jeg ser det kan det synes som om hovedintensjonen i helsereformen er økonomisk innsparing og inntjening, og at fokuseringen på legers bierverv er en konsekvens av dette.

Spørsmålet om legenes adgang til bierverv ble som nevnt diskutert i forbindelse med utarbeidelse av den nye helsepersonelloven. I forarbeidene⁵⁵ ble det lagt til grunn at de

⁵⁵ Ot.prp. nr. 13(1998-1999) s.73

potensielt negative samfunnskonsekvensene kunne bli store ved å begrense legenes adgang til bierverv. Man valgte derfor kun å lovfeste en meldeplikt i helsepersonelloven. Dette er et signal fra lovgiverne om at legenes adgang til bierverv i grove trekk bør være uendret.

Legers adgang til bierverv fremstilles som en klassisk problemstilling i forhold til det grunnleggende arbeidsrettslige og tjenestemannsrettslige hensyn til lojalitet, der samfunnskonsekvensene blir nedtonet. Slik jeg ser det brukes disse sentrale prinsippene i et kynisk spill, der samfunnets - og pasientenes - totale helsetilbud kan bli skadelidende som en konsekvens av dette. Det er avslutningsavis fristende å sitere høyesterettsjustitiarius Herman Scheel⁵⁶ ; ”Full sammenheng i rettskildelæren blir det først, når man ut fra en riktig oppfatning av hva gjeldende rett er, åpent erkjenner og med styrke betoner, at det er hensynet til samfunnets vel, som i bunn og grunn skal være bestemmende ...”.

⁵⁶ TFR 1940 s.119 flg. (s.137-38)

8 Litteraturliste

Forarbeider

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Ot.prp. nr 10 (1998-1999) Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m.

Ot.prp. nr 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m v

Ot.prp. nr 66 (2000-2001) Om lov om helseforetak m.m.

Ot.prp. nr.63 (2002-2003). Om endringer i lov 2.juli 1999 nr.63 om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) m.m

Innst. O. nr. 27 (1997-98) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4.februar 1977 nr. 4 om arbeiderverv og arbeidsmiljø m.v.

St.prp. nr. 66 (2002-2003) Om lokaldemokrati, velferd og økonomi i kommunesektoren 2004 (kommuneproposisjonen)

St.meld. nr. 1 (2002-2003) Nasjonalbudsjettet 2003

St.meld. nr. 5 (2003-2004) Inntektssystem for spesialisthelsetjenesten

Lovregister

- | | |
|------|--|
| 1687 | Kong Christian den Femtis Norske Lov 15 April 1687 (Norske Lov) Femte Bog, 1. Cap. 2. Art |
| 1902 | Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10
§ 294 nr. 2
§ 405 litra b |
| 1918 | Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4
§ 36
§ 38 |
| 1927 | Lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1
§ 3 nr. 3 |

- 1958 Lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958 nr 2
§ 13
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967
§ 6
- 1977 Lov om arbeiderverv og arbeidsmiljø m.v. av 4.februar 1977 nr. 4
§§ 54 flg.
§ 69
§ 72
- 1982 Lov om helsetjenesten i kommunene av 19.november 1982 nr. 66
§ 1-1
- 1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983
§ 20
- 1999 Lov om spesialisthelsetjenesten m.m. av 2. juli 1999 nr. 61
§ 2-1 a
- 1999 Lov om pasientrettigheter av 2. juli 1999 nr. 63
§ 1-3 litra c
§ 2-1 andre og fjerde ledd
§ 2-4
- 1999 Lov om helsepersonell m.v. av 2. juli 1999 nr. 64
§ 1
§ 3
§ 4
§ 7
§ 19
- 2000 Lov om behandling av personopplysninger av 14. april 2000 Nr. 31
§ 11
- 2001 Lov om helseforetak m.m. av 15. juni 2001 nr.93
§ 4
§ 5 første, andre og fjerde ledd
§ 16 andre ledd
§ 30

Bøker

Jakhelln, Henning. Legers adgang til bierverv. Arbeidsrettslige studier. Bind III.

Universitetsforlaget, 2000

Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten. 3.utg. N.W.Damm & Søn, 2004

Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad. Helsepersonelloven – med kommentarer. 2.utg.

Befring, Anne Kjertsi C., Nils J. Grytten, Bente Ohnstad. Jus for leger.

HøyskoleForlaget 2002

Ohnstad, Bente. Rettigheter og plikter etter ny helselovgivning. Fagbokforlaget. 2002

Eckhoff, Torstein. Forvaltningsrett. 6.utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo,

Universitetsforlaget, 2001

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse. Velferdsrett. 3.opplag, 1999.

Woxholth, Geir. Avtaleinngåelse ugyldighet og tolkning. 4.utg. Oslo, Gyldendal Norsk Forlag, 2001

Tidsskrift

Legekunsten, Tidsskrift for praktisk spesialistlegetjeneste. Praktiserende Spesialisters Selskap A/S. Nr 1 15. årg. mars 2005-04-22

Artikler

Borch, Alex og Jan Fougner. Konkurransen med nåværende eller tidligere arbeidsgiver.

I: Lov og rett 2000 s 67-100

Danielsen Åge, Terje P.Hagen og Rune J.Sørensen. Den norske sykehusreformen: Hva som er galt, og hvordan kan den forbedres? I: Økonomisk Forum nr.8 2004, s.37

Danske bøker

Når styringsambitioner møder praksis, Den svære omstilling af sygehus – og sundhedsvæsenet i Danmark og Sverige. Bentsen, Eva Zeuten m.fl.(red.). København, Handelshøjskolens Forlag, 1999

Domsregister

Rettstidene:

Rt. 1959 s. 900
Rt. 1961 s.1012
Rt. 1967 s. 1373
Rt. 1983 s. 1481
Rt. 1990 s. 607
Rt. 1993 s. 300
Rt. 1996 s. 1401
Rt. 2001 s. 71

Rettens gang:

RG 1954 s 528 (Eidsivating Lagmannsrett)
LG 1997-889 (Gulating lagmannsrett)
LB 1994-2812 (Borgarting lagmannsrett)

Dommer fra Arbeidsretten:

ARD 1938 s. 61
ARD 1945-48 s-1

Elektroniske dokumenter

Berg, Lars Christian Nordvik. Oppdatert 1997-12-12. Universitetsansattes Bierverv.
Tilgang: <http://www.admin.uio.no/ir/rapport/biarbeid/>

Eilertsen, Roar. September 2003. Når sykehus blir butikk – Om etableringen av et sykehusmarked i Norge? I: Defacto, kunnskapssenter for fagorganiserte Tilgang: <http://www.fagforbundet.no/Data/Attachments/20/sykehusrapporten.ptf-Microsoft>

9 Vedlegg

Tariffavtaler som regulerer legers adgang til bierverv.

2004, 1.mai Hovedtariffavtalen i staten

§ 1.1.4 s.3

2004, 18.mars Hovedavtale NAVO og Akademikerne

§ 27 s.10

2002, 5.september Overenskomst mellom NAVO-Helse og DNLF Del II – A2

§ 2.4 s.3

Overenskomster Del B for følgende helseforetak:

2003, 21.januar Akershus Universitetssykehus HF og DNLF

§ 2.1 s.2

2005, 15.januar Aker universitetssykehus HF og DNLF Del III – B

§ 2.1 s.2

2003, 10.januar Bærum sykehus og DNLF

§ 2.2.1 s.2

§ 5.9 s.5

2002, 28.november Ski sykehus HF og DNLF

§ 5.11 s.4

2002, 19.november Blakstad sykehus HF og DNLF

§ 2.2.1 s.2

2002, 18.november Sunnaas sykehus og DNLF

§ 2.2.1 s.3

2002, 5.november Ullevål universitetssykehus og DNLF

§ 2.2.1 s.1

§ 5.11	s.5	
2002, 18.november		Helse Fonna HF og DNLF
§ 2	s.3	
2003, 6.januar		Helse Bergen HF og DNLF
§ 2.4	s.4	
§ 4.2	s.8	
§5.12	s.11	
2003, 21.januar		Helse Førde HF og DNLF
§ 2.1	s.2	
2003, 10.januar		Helse Stavanger HF og DNLF
§ 2.2	s.1	
2003, 17.januar		Hålogalandssykehuset HF og DNLF
pkt. 10	s.9	
pkt 10.1	s.9	
2002, 15.desember		Helgelandssykehuset HF og DNLF
§ 2.1	s.2	
2002, 26.november		Nordlandssykehuset HF
§ 2.1	s.2	
§ 2.3	s.2	
2002, 5.desember		Helse Finnmark og DNLF
§ 2.1	s.2	
2003, 29.januar		Helse Nordmøre og Romsdal HF og DNLF
§ 8.7	s.7	
2003, 6.januar		St. Olavs Hospital og DNLF
§ 2.1	s.2	
2002, 27,november		Helse Sunnmøre HF/NAVO Helse og DNLF
§ 8.2	s.10	
2002, 27.november		Helse Nord-Trøndelag HF og DNLF
§ 2.1	s.6	
2002, 27.november		Orkdal Sanitetsforenings Sjukehus og DNLF
§ 2.4	s.3	
2003, 9.januar		Sykehuset Telemark HF og DNLF

§ 2.1 s.2

2003, 28.januar Sørlandet sykehus HF og DNLF

§ 2.6 s.3

2002, 18.desember Det norske Radiumhospital og DNLF

§ 4.2 s.4,5

2002, 20.november Rikshospitalet HF og DNLF

§ 11.1 s.16

§ 11.2 s.16

Andre avtaler jeg har brukt som regulerer andre forhold

2004, 13.desember Avtale mellom LMI og DNLF om retningslinjer for samarbeid og samhandling mellom leger, Legeforening og legemiddelindustrien

2002, 5.januar Overenskomst mellom NAVO-Helse og DNLF, Del II – A2

§ 3.2 s. 3

§ 3.3 s. 4

§ 5.10 s. 8

2003, 1.september Rammeavtale mellom de regionale helseforetak og DNLF om avtalepraksis for legespesialister

§ 1.2 s. 1

§ 6.1 s. 2

§ 6.6 s. 3

A

B